

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La administración de los bienes en el proceso civil

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Valentín Carrascosa López

Madrid, 2015

LA ADMINISTRACION DE BIENES
EN EL PROCESO CIVIL.

=====

Tesis doctoral que presenta el doctorando
VALENTIN CARRASCOSA LOPEZ
(Licenciado en Derecho)

VALENTIN CARRASCOSA LOPEZ

Secretario de la Administración de Justicia

Licenciado en Derecho

Licenciado en Ciencias de la Información. Rama "Periodismo"

LA ADMINISTRACION DE BIENES EN EL PROCESO CIVIL

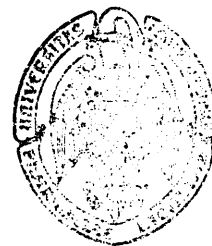
=====

TESIS DOCTORAL

dirigida por el

DR. D. MIGUEL FENECH NAVARRO

Catedrático. Director del Departamento de Derecho Procesal de
la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.



BIBLIOTECA
DE DERECHO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal
Año 1.983

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Antes de comenzar con el desarrollo de nuestra tesis queremos advertir que el tema procesal seleccionado en esta investigación tiene un indudable sustrato jurídico sustantivo civil; sustrato que -- tan solo queremos perfilar o delimitar a fin de que las situaciones -- procesales y el procedimiento pertinente, resalten en su justa medida.

Dentro del marco de la Administración de bienes en el proceso civil se ha procurado destacar con caracteres definidos el examen de la transcendente figura del administrador, figura que nuestra doctrina, salvo algunas consideraciones insertas en tratados general, poco ha hecho todavía. Por ello y por la dispersa y fragmentaria regulación positiva del Administrador y el gran desarrollo práctico de la Administración de bienes en el proceso civil, resulta oportuno y -- conveniente un trabajo de esta naturaleza.

No nos ofrece luz suficiente la doctrina sobre la distinción entre actos de administración y disposición pero cualquiera que sea la actitud dogmática que se mantenga creemos que constituye una de las manifestaciones del esfuerzo de sistematización. La doctrina francesa ha sido la que se ha preocupado primero de precisar la -- distinción, aunque se ha abandonado casi el tema en los últimos -- años. Un poco después, la doctrina italiana ha realizado intentos sutiles, que han finalizado en un abandono similar. Con gran prudencia, la doctrina española se ha preocupado poco de la cuestión.

Si a la distinción actos de administración y disposición añadimos los actos de conservación no cabe duda que tenemos una clasificación total. Es cierto que cabe separar teóricamente los tres tipos de actos. El problema consiste en saber si la distinción aparece igualmente precisa en la realidad, pues como señala FENECH los estudios realizados sobre el particular, aun siendo dignos de encomio, siquiera sea por el esfuerzo que ello supone, en nada ha venido a contribuir a establecer un concepto de administración y la consiguiente diferenciación entre los diversos actos que integran la institución.

Dentro de la Administración de bienes en el proceso podemos distinguir dos grandes tipos de administraciones, según que se trate de administrar ciertos bienes limitados, o por el contrario la totalidad de un patrimonio desconectado de su titular. A las primeras las denominaremos administraciones singulares y a las segundas administraciones patrimoniales.

Las administraciones singulares son las que se refieren a un número determinado de bienes, que no llegan a integrar nunca la totalidad del patrimonio del titular. Ahora bien, si los bienes objeto de administración pueden estar afectados a un proceso cautelar o aun proceso de ejecución ordinario o especial, se puede distinguir por la afectación de los bienes al proceso las administraciones cautelares y ejecutivas.

Debido a la indudable eficacia sociológica de las medidas cautelares se observa en la actualidad una honda atención y preocupación por los juristas hacia ellas. Este creciente interés ha sido objeto de varias Jornadas de los Profesores españoles de De

recho Procesal y más concretamente de la II y IX. En la II, que se celebro en Zaragoza, el Profesor Vicente Herce-Quemada presentó una ponencia donde se pronunció por la conveniencia de emplear -- la ~~expresión~~ expresión de "proceso cautelar" para comprender dentro de -- ella el proceso cautelar propiamente dicho (o autónomo) y a las medidas cautelares, bien aisladas o integradas incluso dentro de una fase de proceso principal o definitivo.

Las administraciones ejecutivas, son las que tienen por mi sión administrar los bienes afectos a un proceso de ejecución singular. Según que la ejecución sea ordinario o especial podemos distin guir dos tipos de administraciones ejecutivas ordinarios o hipotecarias.

El procesos de ejecución tiene por finalidad una manifesta ción de voluntad del Juez, es decir, una operación material que -- provoque un cambio real en las situaciones a que el proceso se re fiere. Para lleva a cabo tal mutación de hecho el Juez necesita, co mo instrumento específico, bienes ~~de~~ carácter físico sobre los que o con los que operar del modo que le exija decisión auténticamente ejecutiva. Las actividades de instrucción en el proceso de -- ejecución tienden, pues, en primer término, a proporcionar al -- Juez tales bienes, ya que sólo contando con ellos es posible termi nar normalmente un proceso de tal clase. El embargo es precisa-- mente el acto con el que trata de satisfacerse esta necesidad ins-- trumental. Mediante el embargo son llevados al proceso los bienes, cosas, entenes de carácter físico, que más tarde, tras su realización forzoso o no, habrán de permitir la entrega o transformación que reclama el titular de una pretensión ejecutiva.

La administración ejecutiva se desarrolla mediante el ejercicio de las actividades que supone para el acreedor o administrador, - las que integran otros tantos derechos y deberes de los mismos. - Si uno y otro están de acuerdo en el contenido de la administración, se estará a su convenio; si no, se aplicarán las normas generales en materia de administración de bienes. Así lo dice el artículo -- 1522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer, en primer - término, que el acreedor y el deudor podrán establecer, por medio de acuerdos particulares, las condiciones con que el primero ha de administrar las fincas embargadas y la forma y época en que ha de rendir cuentas de sus productos, y que "si no lo hicieren - así se entenderá que las fincas han de ser administradas según las costumbres del país", referencia esta excesivamente limitada en - cuanto que deja fuera de las normas legales sobre administración, que muchas veces serán de aplicación preferente e incluso superiores al mero pacto privado.

Las administraciones patrimoniales se extienden a una masa de bienes que integran la totalidad de un patrimonio, lo que supone la previa desconexión del titular de aquél, que puede producirse - por dos órdenes de causas. Por muerte del titular o por privarse a éste, por causa distinta de la muerte, de la administración de - su propio patrimonio. Esta distinta etiología da lugar a la distinción de las administraciones patrimoniales en "mortis causa" e "inter - vivos".

Dos ordenes de procesos pueden originarse a consecuencia de la desconexión del titular de un patrimonio por causa de la muerte; según que el causante haya fallecido sin otorgar testamento o habiendo otorgado testamento válido. La administración de los bienes que integran el caudal relicto, cuando no hay testamento, es la administración abintestato. Y cuando existe un testamento válido es la administración originada por la existencia de un testamento.

La administración surgida por la forma de hacer el nombramiento de heredero puede ser: Administración de testamentaria, administración por designación de heredero condicional o a plazo, administración por designación como heredero del concebido y no nacido, administración por institución de heredero a favor del no concebido todavía, administración de herencia en favor del alma, administración por adjudicación de bienes a que están llamados varias personas sin designación de nombre, administración hereditaria a favor de una persona jurídica no reconocida.

Pero hay también administraciones originadas por la actitud que tome el heredero. Y desde este punto de vista tenemos la administración por no aceptación o repudiación de la herencia, administración de herencia, aceptada a beneficio de inventario y administración de herencia indivisa.

Tiene interés la transmisión hereditaria de la empresa mercantil individual y a falta de albacea nombrado que administre la herencia sólo cabrá la posibilidad de que quien lo haga sea un administrador nombrado judicialmente. De los artículos 1020 y 1022 de la L. E. C. no cabe sino deducir que ese administrador se halla ampliamente facultado no sólo para administrar por sí mismo la empresa, sino incluso para darla en arrendamiento a través de subasta pública o judicial, los establecimientos fabriles, industriales o de cualquier clase.

Entre las administraciones "inter vivos" vamos a estudiar la administración de los bienes del ausente, administración de los bienes del hijo y administración conjunta de ambos conyuges, administración por insolvencia: administración por suspensión de pagos, administración por concurso de acreedores y administración por quiebra.

De los diferentes tipos de administraciones, "inter vivos", vamos a cargar el acento de la administración por quiebra y más concretamente en la sección o pieza separada de la administración de la quiebra. Así el artículo 1.321 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el procedimiento sobre las quiebras de los comerciantes se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones a cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones a cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que subdividirá en los ramos que sean necesarios para el buen orden y claridad del procedimiento y para que éste se curse con la rapidez posible, sin entorpecerse por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez.

Por consiguiente el procedimiento sobre las quiebras de los comerciantes, ha de dividirse en cinco secciones, formando una pieza separada por cada una de ellas, de acuerdo con el artículo 1.322 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la denominación de:

Pieza 1ª que trata de todo lo relativo sobre la declaración de quiebra en la cual ha de tramitarse todo lo concerniente a dicha declaración y ejecución de lo acordado en el auto que pronunció tal estado, así como la celebración de la primera junta de acreedores para nombramiento de los síndicos, la posesión y juramento de éstos incidencias sobre su separación y renovación, las acumulaciones, las cuestiones de competencia y el convenio entre los acreedores y el quebrado.

Pieza 2ª sobre LA ADMINISTRACION DE LA QUIEBRA, en la cual han de practicarse todas aquellas actuaciones que indica su denominación, entre ellas la ocupación de los bienes y papeles del quebrado y entrega de ellos por inventario a los síndicos, subasta en su caso, de lo ocupado y liquidación de la quiebra.

Pieza 3ª Denominada de retracción de la quiebra, es comprensiva de las actuaciones encaminadas a retraer a la masa de la quiebra - aquellos bienes que se encuentran en alguna causa de retroacción.

Pieza 4ª, relativa al examen, graduación y pago de los créditos contra la quiebra, abarcarán las actuaciones que tienen como su propio nombre indica a reconocer, examinar y graduar los créditos, -- por lo que en ella ha de tener lugar la convocatoria y celebración de las Juntas de acreedores para dicho reconocimiento y graduación de créditos y finalmente pago de los acreedores.

Pieza 5ª, Conviene a la calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado, debiendo contraerse a aquellas actuaciones que -- tiendan a demostrar la actuación y conducta del quebrado para determinar las causas que le llevaron a tal situación, depurado su comportamiento para, de esta forma, poder dictar la resolución pertinente, -- que puede ser una de las tres siguientes: 1ª, declarar fortuita la --- quiebra; 2ª, calificar de culpable, en este caso, con o sin responsabilidad penal, y 3ª, estimarla fraudulenta.

La pieza de la administración de la quiebra ha de formarse seguidamente que se dicte el auto declarando la quiebra, por cabeza de la cual ha de ir testimonio de dicho auto, y en ella han de practicarse las actuaciones siguientes: Ocupación de los bienes de la quiebra, -- forma de ingresar y extraer bienes de la quiebra, formación del inventario y entrega de los bienes a los Síndicos, examen e impugnación de las cuentas presentadas por el Depositario, gastos para cubrir atenciones de la quiebra, justiprecio y venta del caudal de la -- quiebra, transacciones en pleitos de quiebra, sobre entrega semanales en "el arca" de depósito (Establecimiento bancario adecuado o -- caja de seguridad), de la exposición con vista de los estados mensua

les de administración, recurso contra las providencias del comisario, rendición de la cuenta general. Su aprobación y sustanciación de las impugnaciones que contra ella se hiciera, repeticiones de los acreedores o del quebrado contra los Síndicos por los daños y perjuicios causados a la masa.

De las diferentes situaciones que puede encontrarse la herencia:: a beneficio de inventario, pura y simple y herencia indivisa, só lo son susceptibles de ser declaradas en quiebras o concurso, en ba se al artículo 1.053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellas que se encuentran comprendidas entre la muerte del genuino titular hasta la adjudicación de los bienes, previa aceptación por parte de los herederos.

Antes o después de estos momentos, la declaración de quiebra o concurso no se puede predicar de la herencia, sino del titular de los bienes que van a componer o componían la herencia, y estas situaciones son las que más problemática presentan porque o bien aún no se han producido la aceptación por parte del o de los herederos - herencia yacente -, o bien habiéndose producido la aceptación ése te se hace a beneficio de inventario o realizarse pura y simplemente aun no se ha producido la división y adjudicación del caudal hereditario entre los llamados a suceder.

El administrador de la herencia, siguiendo a PINTO RUIZ, es aquella persona encargada de realizar actos de administración en el patrimonio (o determinados bienes), ya de otra, ya común con otra u otras, con facultad de ejercitar otros actos que excedan de la mera administración si así se lo concede la Ley o el negocio jurídico gracias al cual se le ha conferido el cargo". De esta definición se sicue que la administración de un patrimonio o de unos bienes determi

nados del mismo puede tener su origen en la Ley - casos, por ejemplos, de los artículos 159 y 1.412 del Código Civil - o en un negocio jurídico, si bien la realidad nos presenta también otras formas de administración que nacen de la designación de un administrador hecho por la autoridad judicial - caso de los artículos 966 y 1.069 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - o de la actuación personal de hecho del administrador, es decir, sin título alguno - que legitime para su actuación como en el caso previsto en el artículo 1.888 del Código Civil.

Entre las diferentes teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del administrador estamos de acuerdo con la GUASP en que "explicar el fenómeno de la sustitución a base de una fórmula sustantiva que pretende dar a todos los supuestos de sustitución una justificación material o formal, de facultad o derecho de conducción del proceso o de disposición procesal, no es suficiente. Es preferible, sigue diciendo GUASP, considerar a la sustitución como lo que verdaderamente es: un criterio especial - anómalo de legitimación indirecta, en virtud de la cual se consideran legitimados para actuar en el proceso a personas que, sin ser titulares de la relación jurídica, pueden en nombre propio, no en nombre ajeno como el representante, realizar válidamente - actos procesales de parte".

En definitiva se puede concretar que el administrador de la herencia es un "sustituto" de los futuros o indeterminados, pero determinables, titulares de la herencia, hasta que esta determinación no se produzca, el que accionará y defenderá en juicio los intereses de la herencia será el administrador, ejerciendo dichos derechos en nombre propio y siendo parte de los procesos promovidos, y asimismo cuidará, conservará y administrará los bienes que constituyan dicha herencia.

El nombramiento del administrador puede ser testamentaria, que es la prevista de modo expreso por el testador al designar a la persona que ha de hacerse cargo de la misma; legal o legítima, que es la que, en defecto de la anterior, se confiere por mandato legal en buen número de casos, por ejemplo, al heredero aceptante de la herencia, y dativa o judicial, que es la que, a falta de las precedentes, establece el juez con arreglo a lo prescrito por la Ley de Enjuiciamiento en relación con los juicios especiales universales, de oficio o a instancia de cualquier parte interesada de las que poseen este carácter.

En general, y habida cuenta de que el cargo de administrador de bienes hereditarios implica obligaciones y expone a responsabilidades, es evidente que no ha de poder asumir dicha misión quien carezca de capacidad necesaria para contraer obligaciones.

De entre las facultades que corresponden a los albaceas por disposición de la Ley y que por analogía nosotros vamos a aplicar a los administradores procede decir las siguientes: 1).- Cobro de créditos y cancelación de sus cuantías. 2).- Retirar depósitos. - 3).- Depuración del caudal relicto.- 3.1).- Pago de deudas.- - 3.2).- Cumplimiento de las cargas hereditarias.- 3.2.1).- Pago de impuestos sucesorios. 3.2.2). Cumplimiento de los legados. - 4).- Partición de la herencia. 5).- Representación de la herencia. 6) Facultades de índole contractual. 7).- Las facultades del administrador ante los derechos eventuales de la herencia.

Con el fin de evitar que el administrador de la herencia, - por analogía con el albacea, pueda abusar de su posición en perjuicio de los demás interesados en la herencia establece con carácter general el núm. 3 del artículo 1.459 del Código Civil que

los albaceas no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia, los bienes confiados a su cargo.

Hay que decir, respecto a la venta de los bienes hereditarios, que es difícil aplicar al administrador la posibilidad de enajenar, - porque administración y disposición son términos diferentes. Aún así, existen preceptos directamente relacionados con tal facultad en ciertas y determinadas situaciones tal como es el artículo 1020 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 1030 del Código Civil.

Si la función del administrador se entiende siempre conferida hasta cierto día, porque nunca es ilimitada en el tiempo su -- gestión, se extinguirá mediante la llegada del término fijado por el testador, el juez o los herederos y demás interesados en la herencia, por ejemplo mayoría de edad de algún menor interesado.

También termina la administración mediante cumplimiento - del encargo para el que pudo ser establecida, aunque no hubiere transcurrido algún límite temporal si éste se fijó, tal puede ocurrir, en general, y al margen de los casos legales, cuando los herederos entren en posesión de los bienes hereditarios o cuando acontezca la condición resolutoria que se puso a su constitución.

Puede extinguirse igualmente la administración por la destrucción de los bienes de la herencia, toda vez que entonces falta el objeto sobre que ejercitarla.

Como toda persona encargada de gestionar intereses ajenos, los administradores vienen obligados a rendir cuentas de su misión. (sentencia 29 noviembre 1.925).

Pueden definirse las cuentas, con DIEGO DE CASTILLO como la razón o memoria que presenta el administrador de lo que da y de lo que se recibe.

La Ley de Enjuiciamiento Civil posee el artículo 1.002 y seis preceptos más (1.010-1.016) dedicados a regular concretamente la rendición de cuentas por el administrador del abintestato y que al ser aplicables también a las testamentarias (art. 1.097) devienen de aplicación general.

Estrechamente vinculada con la cuestión de la rendición de -- cuentas aparece la de la responsabilidad a que puede dar lugar su actuación:

El criterio hallase, pues, entre las nociones de actos de -- buena administración y actos de mala administración, y es el Tri-- bunal a quien corresponde el examen y determinación del carácter del acto que se le presente; la autoridad judicial calibrará las -- circunstancias de hecho que le rodearon en su realización, y apre-- ciará si en parecidas circunstancias otros administradores ha--- brían obrado lo mismo. Por otra parte, es preciso reconocer que esa responsabilidad debe apreciarse, con más o menos rigor, se-- gún el cargo sea más o menos remunerado, o, más propiamente, -- en la medida que sea gratuito; será preciso tener en cuenta, ade-- más, si el propio administrador habría obrado del modo que lo hi-- zo hallándose en juego su propio patrimonio.

La administración del abintestato tiene por objeto la conser-- vación de los bienes de la herencia mientras se tramita el juicio de abintestato. En realidad, continua la acción cautelar de la pre-- vención del abintestato al cesar ésta una vez se llega a la declara

ción de herederos por auto o sentencia firme. La Ley ordena que en todo juicio de abintestato se formará una pieza separada que se llamara de administración, en la cual se actuará cuanto tenga relación con ella. Se formará además, en su caso, los ramos separados de dicha pieza que fuesen necesarios para evitar confusión. La pieza de administración, el ramo de cuentas y demás incidencias de la misma se pondrán de manifiesto en la secretaría durante las horas de despacho a los que se hayan presentado alegando derecho a la herencia, siempre que lo soliciten del Secretario, el cual no devengará derechos por esta exhibición. Si en su vista formularan algunas reclamaciones, el Juez les atenderá en cuanto sean fundadas (artículos 1.005 y 1.006).

La administración del abintestato se ejerce por una persona física: el administrador. En torno a él se articula la regulación legal.

El juicio de testamentaria tiende como su propio nombre advierte, a hacer efectiva la voluntad de un testador, llevando a efecto cuantas operaciones sean precisas para llegar a la realización o cumplimiento de la misma, abarcando desde el aseguramiento y custodia de los bienes integrantes del caudal hereditario hasta la definitiva distribución de los mismos entre las personas llamadas a la sucesión, liquidación y división del caudal relicto, reduciendo en lo posible la intervención judicial, como afirma la sentencia de 3 de noviembre de 1943, que en numerosos casos, como pone de relieve GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, se limita a aprobar lo que los interesados acuerdan.

A tenor del artículo 1.036 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juicio de testamentaria podrá ser voluntario y necesario. En los artículos siguientes se definen ambas modalidades; así --

según el artículo 1.037, "será voluntario cuando promueva parte legítima", y "a tenor del artículo 1.041, "será necesario el juicio de testamentaria en los casos en que el Juez deba prevenirlo de oficio.

Después de la solicitud, ratificación y citación de los interesados, intervención del caudal y práctica del inventario judicial se llega a una fase transcendente en el curso del juicio de testamentaria que es el nombramiento del administrador y la forma de verificar la administración del caudal, su custodia y conservación. En primer término, se atenderá a la voluntad del testador y a las previsiones adoptadas por el mismo a este respecto, como destaca el artículo 1.096, con tal de que las mismas no supongan un gravamen o perjuicio para la legítima de los herederos forzosos. Inexistente toda disposición específica del causante, - la voluntad de los interesados decidirá sobre el particular, en el entendimiento de que, según se deduce del texto legal, el acuerdo ha de ser unánime; sin disidencias, no obstante un criterio mayoritario en la junta que se constituya para la designación del administrador.

Designado el administrador deberá formar la oportuna pieza separada de administración, haciéndose constar la aceptación del nombrado y la prestación, en su caso, de la fianza pieza en la que se actuará todo lo referente a la administración, teniendo en cuentas las disposiciones contenidas en los artículos 1.005 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El juicio necesario de testamentaria, a juzgar por los términos del artículo 1.041, viene concebido sobre la base de concurrencia de alguna de estas circunstancias.

1ª). - Cuando todos o algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.

2ª). - Cuando los herederos o cualquiera de ellos sean menores o estén incapacitados, a no ser que estén representados por sus padres. En estos casos el Juez debe prevenir de oficio dicho juicio testamentario.

Lo más característico del juicio necesario de testamentaria es la obligación de prevención de oficio que impone el artículo 1.042 a cualquiera de los jueces expresados en la regla 5ª del artículo 63, practicando las diligencias indicadas en dicha regla y en el artículo 959. Ahora bien, si medio prohibición expresa del testador, si se hubieren incoado estas diligencias preventivas, se sobreseerá en ellas luego que con la copia del testamento se acredite dicha prohibición.

El administrador dará fianza bastante a responder de lo que administrare. Si le hubiera relevado de ella los interesados que sean mayores de edad, será proporcionada a la participación que tengan en la herencia los menores, incapacitados o ausentes, sin que en ningún caso pueda dispensarles de esta obligación. Conforme a la regla 5ª del artículo 1069, en el juicio voluntario, cualquiera que fuera el administrador, deberá prestar fianza bastante a responder de lo que perciba en bienes muebles y de la renta de un año de los inmuebles, si los interesados, de común acuerdo, no lo dispensaren de hacerlo. En el juicio necesario de relevación nunca puede alcanzar el interés de los menores, incapacitados o ausentes.

PRIMERA PARTE

CAPITULO 1º

NOCIONES GENERALES

1º. - CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1). - Funciones no extrictamente jurisdiccionales

En efecto, además de las funciones jurisdiccionales, el personal jurisdicente de los Tribunales tiene atribuidas funciones disciplinarias, típicamente administrativas, que se llevan a cabo por los Tribunales como tales, o constituyendo, con personal de los mismos, determinados organismos especiales, como son las Salas de Gobierno o la Inspección de los Tribunales, recientemente desaparecida. El carácter administrativo de esta función lo pierde porque el enjuiciamiento y sanción, en su caso, tenga como base la ilicitud extrínseca de un acto procesal, siempre que no se trate del ejercicio de la función jurisdiccional, que no puede tener correctivos fundados en jerarquización administrativa.

Sólo el incumplimiento de los requisitos legales de lugar, tiempo y forma de los actos procesales, puede dar lugar al ejercicio de la función disciplinaria, pero en ningún caso el contenido o fondo del acto jurisdiccional, realizado por otro tribunal, en ejercicio de potestades jurisdiccionales. Si se dieran los caracteres necesarios para estimar la existencia posible de responsabilidad civil, podría exigirse por los cauces jurisdiccionales adecuados, **pero nunca en virtud de las funciones disciplinarias.**

Se atribuye también al personal jurisdicente (y al cooperador) de los Tribunales FUNCIONES REGISTRALES entre las que se encuentran las que se desarrollan en torno al Registro Civil, las funciones inspectoral del Registro de la Propiedad, el Registro de penados, el Registro de procesados en rebeldía, el Registro de sentencias, las minutas de autos que resuelven incidentes

y de las sentencias que serán metódicamente conservadas bajo la custodia de los respectivos Presidentes de los Tribunales.

Igualmente es preciso destacar las FUNCIONES ESTADISTICAS que se atribuyen al personal jurisdicente y cooperador de los Tribunales, y que se refieren al estudio y comparación de los diversos elementos sustantivos y procesales que interesan para conocer el funcionamiento y estado de la Administración de Justicia, que aparecen recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.870 y demás normas complementarias.

1.2). - Funciones de gestión patrimonial o administración.

Pero junto a las citadas funciones no estrictamente jurisdiccionales atribuidas al personal jurisdicente de los Tribunales, así como las funciones tuitivas, que en ciertos supuestos le atribuye el ordenamiento jurídico, aparecen como señala MIGUEL FENECH otras que se llevan a cabo a través de los diversos medios procesales y que, incluso, se desarrollan, a veces, dentro del ámbito del proceso. Se refiere, naturalmente a las FUNCIONES DE GESTION PATRIMONIAL O DE ADMINISTRACION, que se encomiendan tanto al Juez mismo como al personal cooperador.

Estas funciones son jlas que hoy no interesan y el contenido de las mismas, así como su gestión administración dentro del ámbito del proceso, son las que van a ocupar nuestra atención.

1.3). - Cuestión terminológica,

Para una mejor comprensión de la terminología, hemos de recordar que entendemos por PERSONAL JURISDICIENTE aquel que

dentro de Tribunal realiza la función de enjuicia, examinando y decidiendo la actuación de la pretensión (Jueces y Magistrado). El PERSONAL COOPERADOR está integrado por funcionarios que desarrollan una actividad coordinada con la jurisdiccional (Secretarios judiciales, Oficiales, Auxiliares, Agentes Judiciales, Médicos Forenses y Arquitectos forenses); el personal COLABORADOR lo constituye aquellas personas que, formando o no parte de un cuerpo organico, prestan su auxilio o colaboración a las distintas funciones que realizan los Tribunales, sin formar parte del órgano.

2).- ACTOS DE ADMINISTRACION, DISPOSICION Y CONSERVACION.

Es preciso destacar la extraordinaria importancia que a los fines de nuestro trabajo, ha de revestir la distinción entre actos de administración patrimonial y actos de disposición asimismo patrimonial. La diferencia entre unos y otros puede establecerse desde el doble punto de vista jurídico y económico.

En un plano jurídico puede estimarse que el acto de administración tiene por objeto conservar un bien o conjunto de bienes, extrayéndoles su provecho y sin distraerlos del patrimonio de que forman parte; ejemplo típico de semejantes actos podría ser el arrendamiento del bien o bienes administrados. El acto de disposición contrariamente, tiene por objeto distraer o afectar gravemente uno o varios bienes de un patrimonio; ejemplo también clásico ha de ser el de la venta o donación de los mismos. (2).

Contemplados los actos de administración y de disposición desde un punto de vista económico la discriminación tiene como --

fundamento el destino y la función económica de un bien en el seno de un determinado patrimonio. Así, será acto de administración el que corresponde al destino normal de un bien en un determinado círculo patrimonial, en tanto aquel que asumirá la categoría de acto de disposición todo aquel que sobrepase o contradiga esa función (3). Una venta de cosechas, porejemplo, constituirá un acto de administración por que la función económica de las cosechas es la de ser vendidas por quien no puede consumirlas personalmente.

Realmente este intento diferenciador poco o nada importa cuando el titular único de derechos y obligaciones en relación con una cosa o un determinado patrimonio es su dueño.

Hemos mencionado, poco antes, como una de las finalidades del acto de administración, contemplado desde un punto de vista jurídico, la conservación del bien o bienes sobre los que se ejecuta. Ello y la conveniencia de una previa y definida delimitación de conceptos, nos conduce a aludir a los contornos del acto llamado de conservación. (4).

El acto de conservación, como dice HENARD (5) tiene por fin impedir el desmoronamiento y perecimiento de los bienes sobre que recae sin levantar las obligaciones de su propietario ni acrecentar las de las personas que deban sufrirlo; caracterizase, pues, por su exclusiva tendencia a mantener los derechos adquiridos en su plena eficacia y virtualidad. Añade TRASBOT (6) que el gasto realizado mediante este acto para conjurar el peligro que al amenazar a los bienes los motiva, debe ser de cuantía insignificante en relación con la gravedad del riesgo.

De lo anteriormente dicho puede deducirse que los límites del acto de conservación y del de administración no coinciden, ya que solamente una de las notas típicas de estos últimos es precisamente lo que constituye la esencia única de los primeros - el mantenimiento del patrimonio en su estado actual. Y es que el acto de administración comprende el de conservación de modo que graficamente podría representarse el ámbito de uno y de otro mediante el conocido simil de dos círculos concéntricos de los que el interior representaría el acto de conservación. Así se explica, por ejemplo, como apunta CUNHA GONSALVES (7) que los gastos de conservación constituyen los actos de administración por antonomasia. Seguiremos - más adelante con estas ideas al tratar del concepto y naturaleza del acto de administración.

3. - ADMINISTRADORES Y ACTOS DE ADMINISTRACIÓN.

El titular, la persona que realiza actos de administración, es llamado administrador. Este nombre se emplea sobre todo para el - administrador de bienes ajenos, pues respecto del propietario, basta designarlo con tal expresión para entender que tiene facultades de administración. Estas nociones, tan simples, puedan hacer pensar que el administrador es una persona encargada de realizar exclusivamente actos de administración y el acto de disposición aparece como algo excepcional, que requiere autorizaciones especiales. Sin embargo ha supuestos de administradores que realizan - con extraordinaria frecuencia, como algo propio de su función normal, actos de disposición, tal sucede con los administradores de - las sociedades anónimas.

La correlación entre administrador y acto de administración puede ser peligrosa, porque conduce a desvirtuar la noción de - acto de administración, al considerar las variadas facultades que

pueden tener los administradores respecto de los bienes administrados. Igual que sucede con el propietario, la amplitud de esas facultades puede llevar a considerar actos de disposición como meramente administrativos. La noción amplia de administración, tal como se entendía en el Derecho romano, como todo, el conjunto de actos de gestión de un patrimonio ha llevado a confundir las nociones de actos de gestión de un patrimonio ha llevado a confundir las nociones de actos de administración, de conservación y de disposición (8). La confusión desaparece si se atiende el fundamento jurídico del acto, que se relaciona con la posición del sujeto y la naturaleza de la institución atendiendo primordialmente las características jurídicas sobre las económicas.

Por ello resulta que la determinación del concepto y naturaleza del acto de administración revista tan excepcional importancia - en orden a delimitar las facultades de una persona sobre un conjunto patrimonial que, no perteneciéndola en propiedad, detenta en administración, y de ahí también que dicha trascendencia adquiera caracteres muy importantes al objeto de nuestro trabajo.

4. - CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ACTO DE ADMINISTRACIÓN.

En el derecho positivo, ningún precepto define que sea el acto de administración, ya que el legislador se limita a considerarlo el concepto como conocido o entendido (9). Sin embargo todo el mundo habla de acto de administración (10) y por ello la doctrina ha intentado dar su concepto.

Para FERRAZA (11), el acto de administración es el que se caracteriza porque, sin alterar la integridad del patrimonio, va dirigido al mantenimiento, fructificación y mejora del mismo. Es de

resaltar el carácter extremadamente vago de esta definición, adoptado deliberadamente por su autor, con el fin de cubrir el mayor número de supuestos.

PLANIOL Y RIPERT (12), consideran actos de administración a todo el que tiende, por procedimientos normales, a la conservación y explotación del patrimonio, así como al empleo de las rentas. En esta misma opinión abunda la monografía de TRASSOT.

GITRAMA (13), entiende por acto de administración el acto jurídico que recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiene, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la precepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio.

AGUILERA DE LA CIERVA (14), define el acto de administración como el acto dirigido a obtener de un bien o patrimonio los rendimientos de que es susceptible. Este es un concepto general, -referido al acto de administración en sentido puro, al margen de toda institución jurídica.

Diferentes son las teorías que han tratado de explicar la naturaleza del acto de administración y de los cuales AGUILERA DE LA CIERVA hace una clasificación suficientemente amplia. En primer lugar, reúne las teorías que creen posible llegar a una noción unitaria del acto de administración dentro de ellas distingue entre las posiciones unitarias, dualistas y tripartitas; esta distinción se funda en que existen teorías que opinan que se puede definir el acto admi--

nistración, sin necesidad de contraponerle a ningún otro tipo de actos, mientras otros autores opinan que sólo puede hallarse el concepto del acto de administración mediante su contraposición, sea a los actos de conservación o a los de disposición, finalmente, hay tesis tripartitas, que afirman la autonomía del acto de administración, tanto respecto del de conservación como del de disposición.

Entre las teorías que definen aisladamente el acto de administración esta la de AUBRY Y RAU (15) que consideran administración como sinónimo de gestión, siguiendo la idea de la administración en el Derecho romano.

La jurisprudencia de la época utilizó la fórmula de estos autores por sus ventajas prácticas, concretadas en su fórmula final, referente a los actos necesarios y útiles que el tutor realizaba para la gestión de un patrimonio. Sin embargo en una época más exigente, la jurisprudencia francesa ha abandonado esta posición por su vaguedad e imprecisión y hoy puede considerarse definitivamente superada.

En las teorías dualistas algunos autores tratan de identificar el acto de administración y el de conservación, mientras que otros prefieren refundir los actos de administración y de disposición. Dentro de la primera asimilación figura NAST y LE BARON, y de la segunda GOLDSCHMIDT.

Sin duda, la aportación más interesante de la tesis de NAST (16) consiste en su distinción entre el carácter normal del acto de administración que identifica con el de conservación, frente al normal que reviste el de disposición. Introduciendo así NAST la noción de riesgo y la referencia al patrimonio.

La posición de LE BARON es similar (17).

Tras mostrar GOLDSCHNIDT que la distinción entre acto -- de administración y de disposición no se aplica en gran número de hipótesis, el autor explica que la vida jurídica consiste en un -- perpetuo cambio de un valor que sale de un patrimonio para entrar en otro. Hay, sin duda, ciertos actos de disposición, actos de propiedad, prohibidos al administrador de patrimonio ajeno; también existen algunas disposiciones que caen fuera del poder de quien -- administra a ciertos incapaces. Pero en el terreno jurídico, no -- existe ninguna incompatibilidad entre la noción de administración y la de disposición; al contrario, ambas se hallan íntimamente ligadas; salvo, quizá, los actos puramente conservativos, resulta jurídicamente imposible concebir un acto en el que no se encuentren a la vez las nociones de administración y de disposición. (18)

El mérito principal de este autor consiste en observar la -- realidad, donde muestra que el acto aislado no puede ser considerado como puro de administración o de disposición. Son las circunstancias que acompañan al acto las que deciden sobre su carácter.

Tal vez el grupo más interesante de teorías relativas a los -- actos de administración está constituido por las teorías tripartitas. En ellas, queda realizada la distinción entre las tres categorías -- de actos de administración, de disposición y conservación.

En este sentido merece la pena estudiar un poco la teoría formulada por M. TRASBOT (19). Puede considerarse como la posición clásica francesa desde el punto de vista de la distinción tripartita y resulta formulada según los principios de la libre investigación científica establecidas por GENY (20). Este método científico consiste en en

siste en analizar cada uno de los aspectos bajo los que aparece el acto de administración. Examina sucesivamente el objeto sobre el que recae el acto de administración, el agente que lo realiza, la finalidad del acto, sus condiciones de ejercicio y la sanción que puede recaer sobre el administrador que no las respeta. En realidad considerados sus elementos intrínsecos, cualquier acto puede ser de administración, de conservación o de disposición. TRAS BOT considera que el poder de administración supone una restricción del señorío pleno de patrimonio, y como tal resulta contrario al pleno desarrollo económico de los patrimonios.

Para VERDOT (21) el acto de administración en sentido amplio corresponde a la administración de un patrimonio por un propietario capaz, sea directamente o por medio de un representante; Atiende a que el acto sea "útil", "ventajoso" u "oportuno" para el patrimonio.

Junto a la consideración amplia existe una manera restrictiva de entender el acto de administración. Tal actitud obedece al deseo de favorecer a los incapaces. Los Tribunales se preocupan ante todo, de asegurar la conservación del patrimonio administrado. Ya no utilizan la noción de acto "útil" sino la del acto realizado por un buen padre de familia.

En realidad el acto de administración en sentido amplio --- constituye un acto de gestión, por lo que el administrador goza de libertad para elegir los medios adecuados para la utilización conveniente de su patrimonio. Resulta más próximo del acto de disposición que del estricto acto de conservación.

El acto estricto de administración puede llamarse "acto de simple administración". Su noción está próxima a la de los actos de conservación, puesto que su finalidad primordial consiste en la protección del patrimonio perteneciente al incapacitado. El administrador debe tener cuidado de excluir todo riesgo, mientras que el acto de gestión subsiste el riesgo inherente al acto mismo.

En Italia la primera teoría importante del grupo de los tripartitas fue formulada por FERRARA que intentó iniciar una fase nueva para tranquilizar las largas discusiones doctrinales anteriores. Inspirada en la institución de la tutela reviste carácter de generalidad y pretende dar una explicación total a los actos de administración. Este es el defecto de origen de la teoría de FERRARA (22): pretender configurar una teoría válida para todas las instituciones sobre la base de una sola.

El segundo punto fundamental de esta tesis consiste en que FERRARA intenta llegar a un concepto unitario de los actos de administración.

Tercera idea importante en la de que FERRARA ha puesto en relación su noción de los actos de administración con la figura del patrimonio. Un acto no deja de ser de administración por el hecho de que, considerado en sí, revista carácter de enajenación, de asunción de obligaciones o de realización de adquisición; pese a ello conserva su naturaleza administrativa síno daña el capital, por estar consagrado a fines de gestión.

Finalmente Ferrara, como otros autores italianos, se -

preocupa mucho de establecer la distinción entre ordinaria y extraordinaria administración, muy próxima la última a la esfera de la disposición.

En el momento de aparición de esta teoría constituye un elemento de progreso, pues introdujo la idea de que el patrimonio debe ser considerado como unidad dinámica, que el administrador debe hacerlo fructificar y tratar de mejorarlo. La doctrina contemporánea se orienta en el sentido de BONFANTE, acusando a FERRARA de mantener la tendencia restrictiva de su época con una nueva formulación.

Entre los autores españoles que formulan la teoría tripartita aparece GITRANA (23) como el más preocupado por llegar a una teoría general del acto de administración. Su posición es equilibrada. Aspira a una noción unitaria del acto de administración, suficientemente amplia para referir a ella los actos de tal carácter que aparecen en las distintas instituciones jurídicas. No considera el acto en sí, de acuerdo con su naturaleza objetiva, sino que lo pone en relación con el patrimonio.

En el momento actual AGUILAR DE LA CIERVA (24) se plantea la duda de si es lícito mantener la distinción tripartita, o si la clasificación ha perdido su razón de ser. Dicho autor no da una respuesta sino que contracta las teorías con una serie de puntos fundamentales: el administrador como centro para clasificar los actos; el patrimonio como elemento clasificador; el problema de la venta de frutos; la cuestión de las autorizaciones y el significado del riesgo.

Para terminar diremos que tanto las teorías que creen posible llegar a una noción unitaria del acto de administración, como las dualistas y tripartitas significaron un esfuerzo importante en el momento de su formulación y constituyen, todavía hoy, la referencia obligada para el estudio de la naturaleza del acto de administración.

5. - ACTOS DE ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA ADMINISTRACION.

La distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración aparece ya en FERRARA(25), entendida en el sentido de contraposición entre actos de administración que no ponen en peligro la entidad y capacidad productiva del patrimonio y actos de administración que suponen tal riesgo para el patrimonio. La distinción reviste significado similar en MIRABELL (26), pero este autor permite al administrador actos de extraordinaria administración, sino implican grave riesgo para el patrimonio, cosa de que FERRARA le excluía. Es decir que desde el punto de vista práctico la innovación de MIRABELLI consiste en sostener que no cabe calificar "a priori" los actos de extraordinaria administración como excluidos de las facultades normales del administrador, puesto que muchos de esos actos pueden no implicar riesgo para la conservación del patrimonio, la distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración -- influye en la teoría dualista de VERDOT, que le lleva a reconocer dos tipos de administración amplia y estricta.

Nuestro Código Civil, al igual que sucede en otras legislaciones extranjeras, entiende por actos de ordinaria administra-

ción los que tienden al gozo, a la explotación del patrimonio y al empleo de rentas y por actos de extraordinaria administración los que tratan de obtener rendimientos no normales o de comprometer la existencia o composición de un patrimonio, es decir, actos que afectan al capital, dentro de los que cabría incluir los actos de disposición, esto es, aquellos por los que transmute, grava, modifica o extingue inmediatamente un derecho de contenido económico (27).

6.- CONCEPTO DE ADMINISTRACION JUDICIAL.

La palabra administración empleada en sentido amplio tiene muchas acepciones. En los principales diccionarios jurídicos (28) se llama administración en sentido propio, bien a la acción de administrar, bien a efecto de dicha acción, ya al empleo de gestión de bienes privados ajenos, o a la casa y oficina en que el administrador o sus dependientes ejercen su empleo. Y concretamente - el Diccionario de Derecho Usual de GUILLERMO CABANELLAS (29) conceptúa la administración como la gestión y gobierno de -- los intereses o bienes. Administración, dice, puede ser considerada en el Derecho privado, en el público, en el procesal (que es como a nosotros nos interesa), en el eclesiástico y en el internacional. En el Derecho privado, tanto civil como comercial, la palabra administración se refiere a la gestión de intereses privados, comprendiendo todos los actos y servicios que esa gestión lleva consigo.

Etimológicamente la palabra administración proviene del vocablo románico-canónico "ministrare" "ad-ministrare" que signific

fica idea de servicio prestado en favor de cosas o personas.

La verdad es que la palabra administración lleva consigo la acción de administrar y en esta línea GITRANA (30) dice que la administración consiste en la actividad cotidiana que se manifiesta en mil pequeñas cosas, que imprime vida a los propios bienes, --exigiendo casi siempre una asistencia asidua, que tiende a mantener a aquellos en su marcha normal sin disminuciones, sin paradas, en progresivo mejoramiento, si es posible, pero tambien sin sobresaltos, sin hacerlos correr riesgos excesivos con la mira de rapidos engrandecimientos. Este sentido es adoptado por ESCRICHE (31) al definir la administración como la dirección, go--bierno y cuidado que uno tiene a su cargo de los bienes de una herencia, de un menor, de un demente, de un pródigo o de cual--quier particular, por ejemplo del quebrado.

Esta idea, que puede ser considerada como funcional, es la que nos interesa para nuestro trabajo, al analizar, sobre todo la administración de la quiebra y la administración de los bienes de la herencia (testamentaria y abintestato).

Pero junto a este concepto, que hemos considerado funcional, la administración ha sido definida en acierto, por FENECH (32), en sentido técnico como la actividad que se dirige a hacer servir una cosa en provecho de alguien. Administración sigue diciendo el mismo autor, equivale, en sentido económico, a manejo de bienes, o si se quiere, a la gestión de un patrimonio con --el objeto de alcanzar un beneficio normal pero manteniendo el capital.

Con base en tal concepto, la palabra administración ha si

do traspasada al terreno jurídico y ha servido no sólo para regular determinadas situaciones, sino, incluso para fijar los límites de la capacidad de una persona, o para señalar las facultades de una persona tenía de obrar en nombre de otra. En este terreno jurídico el concepto de administración viene a identificarse -- con el sentido funcional antes expresado y que va a ser objeto de nuestro trabajo.

La administración de bienes puede ser voluntaria, legal y judicial. Es voluntaria cuando el vínculo nace por la voluntad de las partes; legal cuando surge como consecuencia de un mandato de la ley y judicial cuando es elevado a efecto por resolución del Órgano Jurisdiccional correspondiente.

También recibe el nombre de Administración judicial la rama de la Administración puesta al servicio de la Justicia, que se diferencia de otras ramas administrativas, por su objeto, por sus órganos y por sus características (33).

Más como acertadamente ha señalado SANCHEZ SANCHEZ (34) quizá sea más propio usar para este caso la denominación de Administración de Justicia, reservando la de Administración judicial para aquellos casos, no correspondientes al Derecho Administrativo, en los que el Juez o el Tribunal correspondiente determina que ciertos bienes se conservan o, en su caso, se pueda realizar con ellos actos de administración.

7. - CLASES DE ADMINISTRACIONES JUDICIALES.

Los bienes afectos al proceso, constituyen ciertos bienes -

limitados o todo un patrimonio, han de ser conservados mediante actos de administración, así como en ciertos casos han de ser transformados o convertidos en metálico para asegurar o cumplir los fines del proceso. Estos actos no pueden ser llevados a cabo por el personal jurisdicente ni por el cooperador (35). Por ello es necesario acudir al personal colaborador para el desempeño de estas funciones que se realizan por los Administradores judiciales.

7.1. - Por el objeto.

En este sentido, atendiendo a su objeto, la administración puede ser de parte de un patrimonio o de la totalidad del mismo. De esta manera puede hablarse de la administración de un bien concreto o de la administración total de los bienes de una persona, caso de la administración del concurso, de la quiebra, y del "abintestato".

7.2. - Por el fin.

Segun el fin se puede hablar de administración conservativa y realizadora. La primera tiene por único objeto tratar de conservar los bienes de un patrimonio a fin de entregarlos a su propietario. Ejemplo típico de este género de administración es la del "abintestato" donde el administrador está obligado bajo su responsabilidad, a conservar sin menoscabo los bienes del "abintestato", y a procurar que de las rentas, productos o utilidades que correspondan (36). Otro ejemplo típico es la administración del concurso en el cual el depositario-administrador tiene la obligación y atribución de administrar los bienes del concurso, custodiarlos y conservarlos de suerte que no sufran menoscabo (37).

La segunda tiene como vertiente esencial la transformación o distribución de los bienes. Puede citarse como ejemplo en el concurso la obligación y atribución que tiene el depositario-administrador de cobrar los créditos que tuviere a su favor el concursado y proponer al Juez la enajenación de los bienes muebles que no puedan conservarse (38). Como ejemplo para la administración de la quiebra baste decir que una vez publicado el nombramiento de los síndicos, se les hará entrega, por inventario, de los bienes, efectos, libros y papeles del concurso.

El dinero, continuara depositado en el establecimiento destinado al efecto a disposición del Juez, entregándose a los síndicos el resguardo o resguardos bajo recibo que se extenderá en esta pieza. Y también que para la ocupación, inventarlo y depósito de bienes de la quiebra que se hallan en distinto domicilio, se expediran los exhortos convenientes a los Jueces respectivos, poniendose nota de haberse verificado. Estos deberán remitir originales las diligencias que practiquen en su consecuencia, y venidas se unirá a los autos (39). Para citar ejemplos en la administración de la administración de la herencia hay que recordar cuando el heredero fuese instituido bajo condición suspensiva, - se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

Si el, heredero condicional no tuviese coherederos, o teniendo no existiese entre ellos derecho a acrecer, entrará aquel en la administración, dándole fianza.

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y, si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

Cuando una persona hubiera fallecido sin testar y sin dejar descendientes, ascendientes o colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía, procederá el Juez a inventariar y depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará también de su administración.

El depositario-administrador de los bienes prestará fianza proporcionada a lo que deba administrar, a satisfacción y bajo la responsabilidad del Juez que haya prevenido el "abintestato", y será amovible a voluntad del Juez (40).

z

7. 3. - Por la forma.

Por la forma se habla de administración sustitutoria que es a la que se hace referencia cuando se establece que el administrador de la testamentaria sólo tendrá la representación de la misma en lo que se relacione directamente con la administración del caudal, su custodia y conservación, y en tal conjunto podrá y deberá gestionar lo conducente para ello, ejercitando las acciones que procedan. Y también cuando se embarguen frutos y rentas, se constituirá una administración judicial, que se confiará a la persona que el acreedor designe y, además, hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquier otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a esta competan y contestar a los demandados que se interpongan contra la misma.

El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores (41).

Existe, incluso, por su forma una administración complementaria o inventora, en la que el dueño del patrimonio conserva tanto la titularidad como la administración del mismo, aun cuando necesita de un complemento a tal fin, como ocurre en la sociedad de gananciales, en la suspensión de pagos y en la intervención de bienes litigiosos.

La primera clasificación que hemos hecho nos lleva a distinguir otros dos grandes tipos de administraciones según que se trate de administrar ciertos bienes limitados, o por el contrario la totalidad de un patrimonio desconectado de su titular. A las primeras las denominaremos administraciones singulares y a las segundas administraciones patrimoniales.

7.4. - ADMINISTRACIONES DE UN BIEN CONCRETO O SINGULARES.

Son, como acabamos de decir, las que se refieren a un número determinado de bienes, que no llegan a integrar nunca la totalidad del patrimonio del titular. Ahora bien, si los bienes objeto de la administración pueden estar afectados a un proceso cautelar o a un proceso de ejecución ordinario o especial, se puede distinguir por la afectación de los bienes al Proceso las administra---

ciones cautelares y ejecutivas.

7. 4. 1. - ADMINISTRACIONES CAUTELARES.

7. 4. 1. 1. - Concepto y cuestiones generales. Son aquellas administraciones de bienes afectos a un proceso cautelar. Las medidas cautelares constituyen un remedio jurídico al problema de la forzosa lentitud del proceso. Como se ha dicho acertadamente, responden al compromiso entre hacer las cosas pronto y hacerlas bien.

Debido a la indudable eficacia sociológica de las medidas cautelares e observa en la actualidad una honda atención y preocupación por los juristas hacia ellas. Este creciente interés ha sido objeto de varias Jornadas de los Profesores españoles de Derecho Procesal, y más concretamente de la II y IX. En la II, que se celebró en Zaragoza, el Profesor VICENTE HERCE QUEMADA (42) presentó una ponencia donde se pronunció por la conveniencia de emplear la expresión de "proceso cautelar" para comprender dentro de ella el proceso cautelar propiamente dicho (o autónomo) y a las medidas cautelares, bien aisladas o integradas incluso dentro de una fase del proceso principal, o definitivo. - En esta reunión se acordó (lo mismo que en la IX celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra en el año - 1.973) la conveniencia de sistematizar y recoger de manera unitaria las medidas cautelares que se encuentran actualmente desperdigadas en nuestra legislación (Ley de Enjuiciamiento Civil; Código Civil; Código de Comercio, vigente y de 1.829, Leyes -- Hipotecarias,)

En la doctrina científica se discute si se debe hablar de un proceso cautelar o si simplemente habra que estudiar las medidas cautelares como tales, en su separación y su esencia propia. Evidentemente, las medidas cautelares tienen su teoria general y muchas de ellas exigen una actividad jurídico-procesal - de importancia para solicitarlas y motivar la necesidad de que - el órgano jurisdiccional las conceda, como del lado de éste se - ha de realiza una labor jurídica y enjuiciatoria de no menos tras- cendencia, y en ese tanto y empleando el concepto en un sentido muy lato se podría hablar de "proceso cautelar" (por ejemplo un embargo preventivo o una medida innominada del art. 1.428), pe- ro otras presentan una naturaleza muy simple y cuesta trabajo considerar que constituyan un proceso cautelar (por ejemplo una - anotación preventiva de la demanda). ALMAGRO, NOSETE, MI- GUEL FENECH y PRIETO CASTRO (43). no han aceptado toda- - vía la noción de "proceso cautelar" consagrado en algún código novísimo como el brasileño.

En esta dirección doctrinal entendemos que en algunos casos concretos se puede hablar de proceso cautelar, pero en - otros se trata de medidas cautelares aisladas o integradoras de una fase del proceso principal.

Señala de la PLAZA (44) que las notas que caracteri- - zan al proceso cautelar dentro del cuadro general de los proce- sos en el campo de la doctrina jurídica procesal son:

1).- Su carácter marcadamente instrumental, puesto que tiende a facilitar los medios de alcanzar los fines que se preten- de en otro proceso de naturaleza distinta.

2).- Su condición precaria y provisional, pues están sujetos a normas de caducidad en relación con la interposición del proceso principal, careciendo por tanto, de carácter definitivo.

3).- Constituir verdaderos procesos jurisdiccionales, - pues se desenvuelven ante tribunales y organismos que tienen el carácter jurisdiccional y a través de normas procesales.

Recientemente SERRA DOMINGUEZ Y RAMOS MENDEZ - (45) citan, además, como nota característica la homogeneidad pero no identidad con las medidas ejecutivas.

Hemos apuntado antes que en las reuniones II y IX de Profesores españoles de Derecho Procesal se acordó la conveniencia de sistematizar y recoger de manera unitaria las medidas cautelares que se encuentran actualmente desperdigadas en nuestra legislación. Así SAEZ JIMENEZ (46) dice que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no dedica un título o Capítulo especial al estudio de los procesos cautelares, limitándose a establecer determinadas reglas para supuestos concretos, por lo que salvo el Título XIV del Libro II, que lo dedica al examen del embargo preventivo y aseguramiento de bienes litigiosos, no puede hablarse de una concepción unitaria procesal de las medidas cautelares o aseguratorias, de aquí la dificultad de establecer una construcción adecuada de tales procesos y medidas.

Tal vez es a es la razón por la que se ha tachado a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de mezquina y rigurosa al tratar de las medidas cautelares, pero más bien se podría tildar, con - carreras, de asistemática, por que cuando hay posiciones jurídicas que razonablemente requieren la adopción de otras medidas, las permite sin la exigencia rigurosa del art. 1.428. En su anti-

culado se hace referencia a los procesos y medidas cautelares en los siguientes preceptos:

Artículo , 72. - Como garantía de los derechos del Procurador y de todos aquellos que por su mano han de percibir sus derechos y honorarios, se exige cautelarmente una provisión de fondos al propio Procurador.

Artículo 22. - Para dar curso al proceso principal se espera a que se haya acreditado el carácter de legalmente pobre del demandante que pretende litigar en tal concepto.

Artículo 292. - Se obliga al presentante de un exhorto u otro despacho a satisfacer los gastos necesarios para su cumplimiento.

Artículo 385. - Quien pretende que una apelación se tramite en ambos efectos cuando el juez la admitió en uno sólo, debe afianzar cautelarmente las costas, daños y perjuicios que pueda ocasionar al litigante o litigantes contrarios.

Artículo 502. - Precautoriamente, asegura con prueba anticipada la que pudiera después resultar de imposible utilización por las excepcionales circunstancias que la ley señala; también - tienen, como anteriormente indicamos, el carácter de cautelares las diligencias preliminares que se refiere el 497.

El arraigo en juicio del extranjero está cautelarmente previsto en el art. 534. El 787, en los supuesto de sentencia firme dictada en rebeldía, deberá prestar fianza para que la senten

cia pueda ejecutarse mientras no transcurra el plazo de una posible audiencia en justicia.

En el art. 961 y siguientes están previstas cautelas judiciales para asegurar los bienes de los abintestatos principalmente representados por depósitos y administraciones, otro tanto se prevee en los artículos 1.055 y siguientes para la testamentaria.

En el artículo 1.163 y siguientes, y en los preceptos relativos a los concursos y quiebras, se adoptan una serie de medidas cautelares, tanto legales como judiciales, para garantizar los derechos, principalmente, de los acreedores, pero también los del concursado y quebrado, que están representados por las intervenciones de los bienes, los depósitos de avalúos subastas, graduaciones y preferencias y también los convenios.

El 1.402, es la contracautela exigible al embargante que no aduce título ejecutivo; el 1.409 consagra la anotación preventiva del embargo como medio eficaz de garantizar la traba de inmuebles.

El art. 1423 permite sustituir la medida cautelar que representa al aseguramiento de bienes por la prestación de fianza.

El 1439, exige una contracautela al ejecutante haciéndole contraer el compromiso de abonar pagos legítimos.

La consignación del 1.446 no es una consignación en pago, sino simplemente una cautela que, por una parte, sustituye al embargo y sus molestias y, por otra asegura al ejecutante

la efectividad de su crédito si su reclamación llegase a prosperar es también una manifestación de garantía real la anotación preventiva del embargo prevenida en el art. 1.453.

Es garantía y cautela de la seriedad del propósito de comprar, la fianza exigida en el art. 1.500 para tomar parte en la subasta.

La presentación del título de tercerista, ordenada en el art. 1.537, es una garantía y cautela de que en principio se ostenta un derecho que le permite interponer la correspondiente tercería; en el art. 1.567 hay otra evidente cautela que obliga al DESAHUCIADO a probar que tiene pagada las rentas vencidas y que vayan venciendo para poder recurrir de la sentencia que decreta el desahucio.

La retención y depósito de bienes más realizables pago de bienes y costas previstas en los artículos 1.601 y 1.602 y el avalúo previsto en el 1.604, son otras tantas garantías de los derechos del desahuciante y del desahuciado.

En el artículo 1.618 la consignación del precio objeto de retracto y los compromisos que debe contraer el retrayente, tienen un indudable carácter cautelar que, por una parte, asegura la seriedad de la subrogación que se pretende, y por otra, garantizan el cumplimiento de la función social asignada en retracto. Tiene también el carácter cautelar la aportación del título que se basa el retracto. De estas cautelas son una consecuencia el depósito que se ordena practicar de lo consignado en el art. 1,621.

En el art. 1.672 la fianza prevista propende a garantizar la posible demolición e indemnización de perjuicios si a ella se condenan.

Son plenamente cautelares las medidas de seguridad -- que en caso de interdicto de cosa ruinosa se obligan a adoptar -- al Juez para procurar interina y prontamente la debida seguridad.

El artículo 1.698 actúa cautelarmente para evitar indebidos recursos de casación, exigiendo la constitución del correspondiente depósito o la supletoria promesa de constituirlo que -- prestaran los litigantes pobres para el caso de que vinieran a -- mejor fortuna.

Cautelar es, indudablemente, la fianza prevista en el -- art. 1.786 para ejecutar, desde luego, la sentencia ganada en apelación, aunque contra ella interpusiera el condenado recurso -- de casación.

Muchas son las medidas cautelares que se dan en la llamada jurisdicción voluntaria hasta el punto de que pueda afirmarse que alguno de estos actos de jurisdicción voluntaria son por completo y enteramente cautelares; destaquemos sólo en el art. -- 1.880 los depósitos de mujer casada, en el 1.889, las medidas -- asegurativas del patrimonio conyugal; en el 2.017 y 2.022 y -- 2.023 las medidas para asegurar los bienes de menores y también el importe de su enajenación; en el 2.046, las medidas para garantizar el patrimonio del ausente y la disponibilidad de sus -- bienes y frutos.

Cautelar es el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles previsto en el art. 2.119 y el embargo y depósito provisional del valor de una letra de cambio referido en el art. 2128, - teniendo por último, el carácter de aseguramiento y cautelar las medidas adoptadas en el art. 2.131 en materia de averías.

Medidas cautelares en el Código Civil de posible transcendencia procesal.

El juramento al que con motivo de la prueba de confesión - hacen referencia los artículos 1.235, 1.238 del Código Civil, con indudable repercusión en los artículos 579 y siguientes y los 604, 618, 623, 647 todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil evidencian que el juramento es una salvaguarda que se intenta conseguir para dar mayor valor y eficacia, bien a la confesión de los litigantes, al dictamen de los peritos o a la disposición de los testigos, y aunque el art. 1.260 del Código Civil niega validez al juramento puesto en los contratos, todavía en los art. 506 y 563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se permite la tardía aportación de documentos, con la salvaguarda del juramento de no haber sido antes conocido, e igual ocurre en el llamado escrito de ampliación que se permite y autoriza, cuando la parte jura no haber tenido - conocimiento de algún hecho de influencia notoria en la decisión - del pleito.

Por lo que respecta a la fianza, verdadera cautela y reserva que se exige para el cumplimiento de las obligaciones, hay en - el art. 1.823 del Código Civil una clara alusión a la llamada fianza judicial, y en el 1.856 se constriñen los derechos del fiador - judicial, estando reservado el capítulo IV, que comprende los artículos 1.854 al 1.856, a las llamadas fianzas legales y judiciales.

Por su parte, en la Ley de Enjuiciamiento hay constantes referencias a las fianzas en su aspecto cautelar, precautorio y aseguramiento, a las que hacen alusión los artículos 385, 1.423 y otra serie de preceptos correlativos a los que ya hemos hecho mención.

Los depósitos tienen también doble carácter sustantivo y procesal al que se refieren los artículos 1.759 y 1.785 y siguientes del Código Civil, en cuanto tratan de los depósitos judiciales o secuestros, como también se hace referencia en el art. 445 a al constituir en depósito o guarda judicial de la cosa cuando no se pudieran resolver las contiendas posesorias por los criterios establecidos en el artículo citado.

Múltiples son también las referencias de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil a depósitos judiciales, de los cuales citaremos, entre otros, el art. 1.175, relativo al depósito en concurso de acreedores, al depósito para recurrir los pobres en casación referidos en el art. 26 y a los depósitos de efectos mercantiles, previstos en los artículos 2.119 a 2.127. Las prendas y las hipotecas pueden ser en la Ley procesal base de las llamadas fianzas, hipotecarias y pignoraticias, y por último, el derecho de retención esta doblemente previsto en el Código Civil se declara la invalidez del pago realizado después de haberse ordenado la retención judicial de la deuda; a su vez tenemos en el art. 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preordenada una retención de bienes del rebelde y también en el art. 1.601 se dan las retenciones de bienes ya aludidas con motivo de los desahucios.

También las cautelas están representadas en el Código

Civil en la llamada caución juratoria, que debe prestar el usufructuario para la entrega de los muebles necesarios para su uso y habitación para su persona y familia en casa comprendida en el usufructo. A su vez, este tipo de cauciones tienen su manifestación expresa en el nº 4 del artículo 14, donde se admite la caución juratoria como medio supletorio de garantía, para que se permita interponer recursos al legalmente pobre, sin la previa constitución de depósitos cuando la ley lo exige.

Dentro de la Ley Hipotecaria.

La materia de anotaciones preventivas, prevista y desenvuelta en el art. 42 de la Ley Hipotecaria, tiene repercusiones procesales a la que sin duda se refiere el nº 1, relativo a la anotación preventiva de la demanda, el nº 2 atiende a las anotaciones preventivas del embargo; el 3 referente a las anotaciones ejecutorias; el nº 4 que alude a las anotaciones preventivas de secuentros o prohibición de enajenar; el nº 5, que atañe a las anotaciones preventivas de resoluciones judiciales sobre interdicción civil, incapacidad legal para administrar, ausencia, fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

Estima DE LA PLAZA (47) como medida cautelar procesal la anotación preventiva, invocando en favor de su tesis la Exposición de motivos de la primera Ley Hipotecaria en la que se decía que se constituirían casi siempre para hacer respetar la Administración de Justicia y evitar que se eludan las sentencias.

Dentro del Código de Comercio

También es pródigo en medidas cautelares con trascendencia procesal. Son la venta con intervención judicial de los efectos entregados al comisionista (Art. 269).

El depósito judicial, en el supuesto de que el comprador -rehuse la entrega de la mercancía o su obligación de hacerse cargo de ella (art. 332 del Código de Comercio).

El depósito con ocasión de transporte (art. 369 Código de Comercio).

Asimismo se dan depositos en los artículos 303, 307, 309 y esta previsto el de efectos de comercio y del valor de una letra de cambio, al que anteriormente hicimos mencion.

La protesta como requisito previo del ejercicio de la acción de daños y perjuicios en el abordaje (art. 835 del Código de Comercio).

Depósito de los objetos salvados de naufragio (art. 844 c.- de c.)

Las finanzas estan representadas en los artículos 439 y 442 y hay anotaciones preventivas de transcendencia y efectos mercantiles.

La mera anunciacion de problemas que plantea la administración de bienes en el curso del proceso civil, tanto en la actividad jurisdiccional declarativa como en la ejecutiva y cautelar sería

casi interminable por eso vamos a explicar las mas características.

La ley pone a disposición del Juez executor varios medios jurídicos para lograr este fin. Todos ellos tienen una característica común consistente en la necesidad de encomendar a una persona física o jurídica, pública o privada, la función protectora del bien propiedad del ejecutado, hasta su entrega al ejecutante del bien mismo, o el del producto de su realización forzosa.

Esta persona a la que el Juez executor encomienda o atribuye la posesión del bien embargado, realiza una función pública, incluso en el caso de que sea una persona física particular. El derecho administrativo ha estudiado la figura de la función pública ejercida por el particular, que ha trascendido al ordenamiento penal al disponer que "se considerará funcionario público todo el que por mandamiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas (art. 119 - C.P.).

De acuerdo con la inmensa variedad de los bienes que pueden ser objeto de embargo la función que se encomienda a estas personas pueden tener un carácter predominantemente estático - de guarda o custodia - o bien dinámico - de gestión activa - que a su vez puede desdoblarse en dos funciones distintas: la de administrar, sustituyendo al propietario, o fiscalizando la administración de éste. Una cuarta hipótesis sería la del depositario-administrador que participa de ambas funciones con predominio de la primera.

Este nos lleva a distinguir los tipos siguientes: el depositario, el depositario-administrador, el administrador y el interventor. Las disposiciones del Código Penal relativas a la malversación de caudales públicos son aplicables a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares (art. 399. C.P.), aunque el depositario fuese el propio ejecutado y el caudal fuera de su propiedad. Si en lugar de ser caudales se tratase del depósito de cualquier otra cosa mueble, los que se apropiaren o distrajeren el objeto recibido en depósito administración, o negaren haberlos recibido incurrirán en el delito de apropiación indebida (art. 536 del Código Penal). (48).

Dentro de la categoría de las que denominamos Administraciones singulares cautelares, pueden distinguirse por la clase de bienes objeto de la administración según que se trate de bienes improductivos o de frutos y rentas o bienes que las produzcan.

7.4.1.2.- Administraciones de bienes improductivos de frutos y rentas.- En este caso se acentúa el carácter conservativo y por lo tanto estático de la administración, que será de mera custodia pasiva. La afectación de determinados bienes a un proceso cautelar, o de ejecución, que es la finalidad fundamental del embargo, exige que la custodia y conservación de los mismos se atribuyan a determinadas persona ya sea natural o jurídica, que entra en la posesión provisional de ellos y los retenga normalmente hasta la resolución definitiva de los procesos. La terminología legal denomina a este tipo de administradores " Depositarios".

7.4.1.2.1.- El depositario judicial: concepto, naturaleza, designación, remoción y responsabilidad.- Son numerosas las tesis que pretenden conceptualizar la figura del depositario judicial y - que fundamentalmente se reduce a estimarlo o como sujeto de una relación contractual entre el designante y el designado, o como colaborador del órgano judicial (tesis que adoptamos siguiente a M. FENECH (49). Pero en cualquier caso se trata de un acto público en cuanto se entronca con una actividad de Derecho, el procedimiento, y por ello, en esencia de ius publicum. La posibilidad de designación de depositario atribuida en nuestro derecho (art. 1.454 de la L.E.C.) al autor, establecida con carácter facultativo no priva al acto de designación de su carácter de público CALVO TEIXEIRA (50).

La facultad de designación corresponde en principio al órgano judicial y más concretamente a la comisión judicial, cuando éste se produce y es normal, negándose en nuestro ordenamiento esa posibilidad al deudor (art. 1.454 L.E.C.). Ahora bien, como una prolongación de las facultades concedidas al acreedor en el acto del embargo se le faculta para verificar la designación del depositario con carácter discrecional y no imperativo. La supuesta negativa de aquel para ejercer esa facultad constituye al Juzgado o su Comisión en la necesidad de realizar la designación en persona apropiada.

La práctica nos ofrece una figura procesal, huérfana de regulación positiva, como es la remoción del depositario, la que se considera como un incidente a otros efectos, pero que no se desenvuelve más que en un escrito de la parte demandante y una re-

solución acordando el cambio de depositario, previo cese del - que desempeñaba el cargo. Hay que convenir que esa solicitud - debe ser suficientemente fundada y no obedecer al mero capricho del actor.

Un punto interesante que recoge nuestro ordenamiento po- sitivo, sigue diciendo el mismo autor, es el referente a la respon- sabilidad que cabe al actor cuando este hace la designación del - depositario (art. 1454 p.2 de la L.E.C.). No se determina, sin - embargo, ni el tipo, ni el alcance, ni los efectos o consecuencias de esa responsabilidad y por su transcendencia practica bien po- dria haber sido la ley un poco más explícita en este punto. Hay - que orientar una responsabilidad hacia el campo civil y proyecta da sobre la indemnización de daños y perjuicios cuando una defec- tuos actividad del depositario designado por el actor haga des- merecer el valor de los bienes a limites tales que no lo consien- ta una razonable y prudente gestión en cuyo supuesto bien podría el deudor probar los perjuicios ocasionados para deducirlos del - importe de la reclamación presentada con él y exonerarle en la - cantidad correspondiente, bien en el mismo asunto donde fue cons- tituido el depósito o en una posterior demanda cuando no se hubie se producido tal exoneración. Este riesgo es claro que se puede - producir, aunque no probable por el interés que debe tener el a-- creedor en que no se mermen sus posibilidades de cobro y que nor- malmente hará que obre con la necesaria cautela en la designación del depositario.

Naturalmen que lo anterior se entiende sin perjuicio de la propia responsabilidad penal que quepa contra el propio deposi- tario.

Antes de seguir adelante nos parece interesante destacar las diferencias entre secuestro, embargo y depósito.

El secuestro, que en todo caso tiene carácter temporal, se diferencia del embargo en que mientras que el primero recae sobre una cosa concreta en la que se pretende ejercer un derecho, el embargo puede afectar a un bien o conjunto de bienes patrimoniales que, aun no ventilándose en el litigio sirven de garantía a una pretensión judicial por lo que en contempación a un determinado proceso puede decirse que el secuestro constituye la especie, y el embargo el genero. Asi mismo se diferencia el depósito en que puede recaer tanto sobre bienes muebles o inmuebles. No obstante las diferencias apuntadas, la Jurisprudencia tiene dicho que el art. 1.785 del Código Civil: " El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos", identifica el embargo con el depósito cuando este es judicial (Secuestro), y, por lo tanto, implica una situación transitoria, nunca definitiva, aun en el caso de ejecución de sentencia que condene al pago de una cantidad líquida y determinada (S-20-I-1.950).

7.4.1.2.2.- Depósito de cantidad en metálico embargada por los Tribunales de justicia y Juzgado y de efectos públicos: alhajas de oro o pedrería.- Dentro de la administración de bienes improductivos, que se encomienda a los depositarios, y que como hemos dicho tiene un carácter predominantemente estático, se encuentran la de los depósitos de cantidad en metálico (art. 1.447 p.1º L.E.C.) embargados por los Tribunales de Justicia y Juzgados, que se constituirán en la Caja General de Depósitos mediante el ingreso del efectivo en una cuenta que el titular del -

organo jurisdiccional abra en una entidad bancaria o Caja de Ahorros, de la Localidad en que radique el Juzgado a nombre de este, adicionada con la denominación de Cuenta de Depósitos y Consignaciones en la Caja General de Depósitos (art. 1 y 2 y concordantes del Decreto 14 octubre de 1.971 - en relación con las Ordenes de 23 de noviembre de 1.971 y 21 de diciembre de -- 1.971 del Ministerio de Justicia y Hacienda respectivamente).

Tratándose de efectos públicos (art. 1.447 p.2 L.E.C.) alhajas de oro, plata o pedrería (art. 1.447 p.3 L.E.C.), por -- analogía con lo dicho anteriormente se podran depositar en el -- Banco de España, o Caja de Ahorro de la localidad, constituyendo el depósito con las mismas garantías que las exigidas para el metálico. Así se desprende también del artículo 968 de L.E.C., al disponer que los efectos públicos, alhajas o metálico, se depositarán en el establecimiento público destinado al efecto, debiendo el actuario poner en los autos el correspondiente testimonio del documento que acredite el depósito, y conservar dicho documento en su poder, para entregarlo adl depositario cuando se -- haga cargo de los bienes.

La orden citada de 21 diciembre de 1.971 complementaria del Decreto de 14 de octubre de 1.971 señala la naturaleza de bienes improductivos al decir en el último párrafo del art. 2º -- que no devengarán interés de ninguna clase los ingresos realizados en la "Cuenta de Depósito y Consignaciones en la Caja General de Depósitos" de los Bancos privados, Caja de Ahorros; destinados a ser simultaneamente transferidos a la cuenta de "Tesoro Público". Cuenta restringida de Depositos y Consignaciones judiciales" en el Banco de España.

7.4.1.2.3. - Custodia de bienes especialmente valiosos. La Ley, buscando sin duda un mayor garantía para la custodia

de bienes especialmente valiosos fácilmente trasladables que en poco volumen representan un gran valor, cuya administración no exige gestiones activas de ninguna clase y que no plantea otro problema que la seguridad de su guarda ha establecido que, en estos casos, los bienes deberán ser custodiados en la Caja General de Depósitos. De este modo dice M. FENECH (51) la Caja General de Depósitos viene a ser un colaborador del Tribunal del orden de los Administradores judiciales, si bien por su especial carácter de organismo público dependiente del Ministerio de Hacienda, no le son aplicables las nociones de capacidad y legitimación procesal por trascender su carácter de la esfera en que se desarrolla la actividad jurisdiccional, y escapar por tanto, del ámbito del Derecho Procesal.

7.4.1.2.4. → Depósito de bienes inmuebles, de bienes muebles reembargados y caso de que los bienes embargados sean semovientes. Los bienes inmuebles (art. 1.447 L.E.C. p. 7º) serán objeto de depósito incluso en poder del propio ejecutado, que podrá ser nombrado depositario, (arts. 1785 a 1789 C.C.) ya que como hemos señalado antes la designación del depositario podrá hacerse a propuesta del acreedor ejecutante bajo su responsabilidad, pero no podrá permitirse la propuesta de designación al deudor (art. 1454 pº 2º L.E.C.).

En los casos de administración de depósito de bienes muebles reembargados, LOPEZ ALARCON (52) señala que pueden idearse dos sistemas para coordinar dichas administraciones obligar a los posteriores embargantes a someterse a la administración constituida por el primero de ellos, o integrar con los dis-

tintos administradores un órgano colectivo de gestión. El primer sistema ofrece la ventaja de su simplicidad a costa de infringir el art. 1450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el segundo a aceptar dicho precepto, muestra una ortodoxia procesal que nos inclina a aceptarlo con preferencia al criterio de administrador único.

Un supuesto especial que recoge nuestro ordenamiento es la figura de la retención de bienes muebles en caso de rebel -- día (art. 763 L.E.C.), distinguiéndose dos modalidades, la constitución de los bienes en la custodia de quien los posea bien el demandado o bien un tercero con garantías, y el depósito propiamente dicho que opera por cuenta y riesgo del rebelde en el caso de que no se hayan prestado las garantías exigidas. En este último supuesto la designación de depositario hay que practicarla como un caso normal de depósito. En cambio en el primer supuesto que admite la Ley, la retención propiamente dicha, parece a juicio de CALVO TEIXEIRA (53) que queda configurada como una modalidad distinta al depósito al establecerse la constitución de -- este como posibilidad secundaria en defecto de garantías. Sin embargo el mismo autor señala que intimamente tanto una como otra modalidad tienen la misma naturaleza y llevan al mismo fin, y por tanto la designación de depositario hay que llevarla también a efecto, prescindiéndose de la designación normal por tener ya el presunto depositario los bienes a su disposición, pero debiendo notificar en forma su posición como depositario, y debiendo aceptar y jurar el cargo, quedando comprometido desde ese momento en las obligaciones que lleva consigo.

En los casos que los bienes embargados sean semovientes (art. 1447 p. 6º L.E.C.) serán despositados, y el depositario nombrado al efecto habrá de realizar las actividades necesarias para alimentar y cuidar al animal objeto del embargo, e in-

cluso podrá utilizarlo si fuera de labor en su propio provecho con la fórmula de frutos por alimentos. Si el semoviente fuera de los que producen frutos, pero no es susceptible de aprovechar su trabajo, se podrá emplear el producto de la venta de los frutos para su alimentación y custodia en cuyo caso el depósito adquiere una entidad dinámica, de gestión, que reviste al depositario de los caracteres de un depositario-administrador, y deberá rendir cuentas periódicas y definitivas en la forma que se establezca por el Juez ejecutor (54).

7.4.1.3.- La administración de bienes productivos: de frutos y rentas o bienes que las producen.

Cuando se trate de frutos o rentas de toda especie (art. 1447 p. 5º L.E.C.) se constituirá una administración, que tendrá un carácter predominantemente activo, dinámico, de mayor trascendencia que la de los bienes improductivos, puesto que el administrador puede transformar los bienes y llegar incluso a su enajenación y conversión en numerario metálico. Esta administración se confiará a la persona que el acreedor designe (art. 1450 L.E.C.), en vez de como sería más acertado de hacerlo directamente al juez con libertad de criterio (55). Nuestro legislador establece la constitución de una administración judicial como más apropiada a la naturaleza de los bienes embargados; El Juzgado, en su caso podrá exigir al administrador una fianza proporcionada a la importancia de su función, que habrá de constituir en todo caso antes de hacerse cargo de su misión. Es evidente que la facultad de designación conferida al acreedor viene a ser similar que la del depositario. Pero difiere completamente en su contenido por la necesidad de rendir cuentas al administrador de su gestión perio-

dicamente, si así lo dispone el Juez ejecutor, y en todo caso al cesar en ella de acuerdo con las normas establecidas en los art. 1.010 y ss. (Art. 1450 L. E. C.).

Aunque resulte difícil de concebir el secuestro de un bien inmueble, es lo cierto que el art. 1786 del Código Civil contempla expresamente la hipótesis al disponer que "el secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles". Sin embargo, a juicio de SERRA DOMINGUEZ Y RAMOS - MENDEZ (56) el artículo sustantivo citado debe ponerse en relación con el art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al limitar su alcance, tanto en lo que respecta al título justificativo del derecho, cuando a su carácter necesario para asegurar la efectividad de la sentencia, lo deja prácticamente reducido a una administración judicial de la finca. Como acertadamente dice CARRERAS (57) "La adopción de la medida de secuestro debe llevar consigo el nombramiento de un administrador judicial de frutos y rentas" Y aunque no estemos de acuerdo con dicho autor en la limitación de la administración Judicial, a los supuesto de reclamación de frutos y rentas de bienes inmuebles, pues creemos que la reclamación de bienes inmuebles lleva consigo aparejada la de -- frutos y rentas, estimamos que esta medida de administración judicial sólo puede ser declarada cuando exista un grave "periculum in mora" puesto de manifiesto en la exigencia de las medidas necesarias del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por aplicación del art. 1450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede obtenerse, antes y después de la iniciación del proceso, la administración judicial de frutos y rentas pendientes que, según el art. 334 del Código Civil, tengan la consideración de inmuebles. El problema adquiere para V. TOME PAULE (58) otras

derivaciones, ya que el art. 1450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: "cuando se embarguen frutos y rentas se constituirá una administración judicial que se confiará a la persona que el acreedor designe". Pese a la diferencia de nombre, dice este autor, hay aquí una coincidencia casi sustancial con el secuestro, sobre todo si pensamos que esta administración supone como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de marzo de 1886 "funciones de custodia, conservación y manejo de bienes" y por ello el administrado puede exigir el pago de las rentas o la entrega de los frutos (sentencia de 27-3-1895), funciones todas que entran dentro del concepto amplio de las facultades del depositario que, según el art. 1788 del Código Civil ha de cumplir respecto a ellos obligaciones de un buen padre de familia. La administrador del art. 1450 parece que excluye conceptualmente el secuestro, lo que no quiere decir que el actor no pueda acudir al mismo si puede cumplir los requisitos del art. 1428. Lo declarado en las sentencias citadas y lo que V. TOME PAULE denomina concepto amplio de las facultades del depositario nosotros llamamos depositario-administrador al que desarrolla ambas funciones con predominio de las facultades del depositario.

Hay que aclarar que en nuestro derecho tienen el concepto de frutos las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales, lo que produzcan los predios por el cultivo o el trabajo, los alquileres de edificios o tierras y el importe de las rentas vitalicias o perpetuas (art. 355 del C.C.), pero solo se reputan inmuebles los agrícolas no recolectados (art. 357 y 334 p. 2 C.C.), los pecuarios producidos por animales que tengan la caracterización de inmuebles (art. 334 p 6º C.C.) y las rentas que graven con carga real una cosa inmueble.

Pero, si bien, el Código Civil considera como inmuebles los frutos pendiente, mientras estuvieren unidos a la tierra y formasen parte integrante de un inmueble (art. 334 p. 2. C.C.) la jurisprudencia, con acierto, según M. FENECH, ha establecido una separación entre frutos y rentas de un inmueble y el inmueble mismo a efecto del embargo, no considerando incluidos en el embargo de un bien inmueble los frutos y rentas del mismo, al menos mientras no se produzcan los actos concretos de realización forzosa y selleve a cabo la renta o adjudicación del inmueble, que - llevará anaja la de los frutos y rentas (s. S. 31 marzo 1.917 y 30 enero 1.930). Ni se consideran incorporados los derechos no realizables en el acto, por tratarse de bienes de distinta naturaleza (distinguidos en los números 8º y 10º del art. 1447 de la L.E.C. que tienen sucesiva y separada interdicción (s. 12 marzo 1924)

Para terminar diremos que los bienes inmuebles (art. - 1447 pº 8º L.E.C.) también pueden ser objeto de secuestro cuando fueren embargados (Art. 1786 C.C.) pero normalmente se establece la garantía del embargo al librar al Juez mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad para que extienda la correspondiente anotación preventiva, que es un asiento registral de vigencia limitada temporalmente que publica la pendencia de - un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable (59).

7.4.1.4. La administración judicial de empresas embargadas.

Los posibles perjuicios derivados de una defectuosa ges

ción de la empresa pendiente de proceso, aconsejan conservar no solo su permanencia hasta la sentencia firme, sino también su -- consevación económica, evitando que una administración desacertada, negligente o dolosamente, pueda poener en peligro su integridad. Dos modalidades cautelares pueden adoptarse al respecto, independientemente de las que correspondan en cada caso para evitar su enajenación.

7.4.1.4.1 Intervención judicial regulada en los articulos 1.419 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es aplicable -- exclusivamente a los supuestos en que se ejercitan acciones reales -- "demandase en juicio la propiedad de establecimientos industriales o fabriles" -- y tiene un contenido más bien pasivo; no coarta las facultades del intervenido sino que tiende a impedir el mal uso de sus facultades. Su carácter cautelar resulta evidente dado su carácter instrumental respecto del resultado del proceso, ofreciendo como particularidad su posible conversión en fianza a solicitud del demandado (art. 1.423 L.E.C.). Sólo puede solicitarse pendiente el proceso (art. 1.419 L.E.C.) y exige la presentación de los documentos justificativos del derecho " pero no la -- prestación de fianza para indemnizar los posibles perjuicios derivados de la medida cautelar, lo que es susceptible de crítica, -- pues pese al carácter pasivo de la intervención, es la cierto que en algún caso concreto su ejercicio puede representar un perjuicio para el intervenido, como demuestra la propia Ley al establecer un pronunciamiento sobre indemnización de daños y perjuicios (60).

7.4.1.4.2. - Administracion judicial

No aparece expresamente regulada en la ley con carácter

ter cautelar, tal vez por esta razón M. VERGEZ SANCHEZ (61) sostiene que "Si en algún momento la administración judicial de empresas embargados pudiera parecer establecida como una simple medida cautelar que garantiza la conservación del objeto embargo en orden a su ejecución, hemos de advertir que esta visión no es exacta, ya que en alguno de sus rasgos fundamentales son expresivos de otras circunstancias en las que la finalidad de satisfacción de los acreedores no aparece recogida de modo fundamental". Creemos, sin embargo, siguiendo a SERRA DOMINGUEZ y RAMOS MENDEZ que el carácter cautelar de la administración judicial está sobradamente amparado en el art. 1.428 de la Ley - de Enjuiciamiento Civil y que su misión debiera limitarse a aquellos supuesto en que se estime absolutamente necesario para la conservación de la empresa durante la pendencia del proceso. — Por ello deberán concurrir los siguientes presupuestos:

a).- Que la administración judicial aparezca "según las circunstancias necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en juicio recayere". Estimamos por tanto que deberá alegarse y justificarse, al menos con un principio de prueba, el grave riesgo de desmerecimiento de la empresa - pendiente el proceso, y que dicho desmerecimiento no pueda ser evitado con otra medida cautelar menos rigurosa como podría ser la intervención judicial.

b).- Pensamos que este supuesto, dado los graves perjuicios que podrían producirse, debe ser exigida en todo caso una fianza suficiente para asegurar los perjuicios derivados de la medida cautelar. El proceso legal supedita la fianza al supuesto de "el que solicitare estas medidas no tuviere solvencia notoria y suficiente", pero estimamos que la notoriedad y suficiencia exigidas para la solvencia, deben determinar en la práctica que se

exija fianza en casi todas las ocasiones, siendo deseable una responsabilidad subsidiaria del Juez que excluya la fianza, en términos similares a los establecidos en el art. 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La falta de regulación concreta de la administración judicial como medida cautelar siguen diciendo estos autores provoca no obstante en la práctica problemas que exigen la mayor prudencia de los Tribunales de Justicia.

A tenor del Decreto-Ley de 20 de Octubre de 1.969 - puede decirse que la Administración judicial de empresas embargados supone una intervención judicial de oficio, a fin de evitar en determinadas circunstancias, la paralización de la actividad de la empresa en crisis. Así se desprende de la E.M. que trata de justificar esta intervención judicial para aquellos supuestos en los que determinadas situaciones en que se puede encontrar - quienes tienen a su cargo la dirección de empresas, representen sobre la economía, el trabajo y el crédito. Por ello sigue diciendo la misma E.M. si se hubiere embargado alguna empresa y "por cualquier circunstancia no pudieran actuar los órganos de administración y de dirección de la misma, se faculta al Juez para -- que provea a la designación de una nueva administración que, - sustituyendo a la anterior, pueda actuar con los mismos poderes y agilidad y con plena garantía de los intereses afectados.

Para MERCEDES VERGEZ SANCHEZ (62) el embargo, como presupuesto económico fundamental de la administración judicial de empresas no representa un elemento discriminador de las situaciones patrimoniales que pueden conducir a solicitar la quiebra o la suspensión de pagos. De ahí que, dado el carácter

"de oficio" que tiene este procedimiento, se haga problemática su aplicación y su armonización con los derechos propios del - deudor empresario, y de los acreedores a solicitar la declaración de la quiebra o de suspensión de pagos si se dieran los presupuesto necesarios. Lo que sí puede suceder es que las medidas del Decreto-Ley citado afecten a un expediente de suspensión de pagos de dos maneras:

1ª.- Por que se embargue alguna empresa o grupo de empresas, propiedad del comerciante que insta la suspensión de pagos, o bien acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social.

2ª.- Por que se estime que el hecho mismo de la suspensión y consiguiente intervención de las operaciones mercantiles, la cuasi-ocupación, como algún autor la llama, por analogía con la ocupación de la quiebra, es asimilable al embargo de una empresa (63).

Ahora bien, no debemos confundir la administración judicial de empresas embargadas, con la quiebra, la suspensión de pagos o el concurso de acreedores que surgen como consecuencia de una insolvencia o falta de liquidez. La Administración de empresas embargadas nace con independencia de la situación económica de la propia empresa, y por tanto puede existir aunque la empresa sea solvente y tenga liquidez pero haya una defectuosa gestión cuando está pendiente de un proceso.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1.936 declara que el estado de suspensión de pagos no puede ser equiparable al de embargo, por ello, tampoco a la administración judicial de bienes en el proceso.

Un problema que antes hemos apuntado y podría plantearse es si después de estar constituida la administración judicial de una empresa embargada, puede proceder la declaración de quiebra o suspensión de pagos. MERCEDES VERGEZ SANCHEZ (64) da una solución afirmativa, pero admite, no obstante que para el caso de quiebra a instancia del propio empresario y para solicitar él la suspensión de pagos, la puesta en marcha de la administración judicial puede plantear problemas de legitimación. Las circunstancias especiales en que se encuentra el empresario podrían suponer un obstáculo a sus posibilidades instar la declaración judicial correspondiente, surgiendo entonces el problema acerca de la legitimación de los propios administradores judiciales. Para BROSETA (65) la administración judicial no afecta al derecho que asiste al empresario o a los acreedores a solicitar la declaración de quiebra, pero sí que es impeditiva del derecho a solicitar la declaración de suspensión de pagos. Nosotros pensamos que si los fines perseguidos por la administración judicial, quiebra o suspensión de pagos, son diferentes no existe obstáculo insalvable para que una vez constituida la administración judicial de una empresa embargada, pueda proceder la declaración de quiebra o suspensión de pagos; aunque al no haber sido previsto el hecho por el Decreto-Ley de 1.969 será difícil solucionar las múltiples complicaciones que en la práctica puedan surgir (56).

Las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley de 20 de octubre de 1.969 se aplicarán en aquellos casos en que el Juez, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, atendidas las circunstancias en que puedan encontrarse los titulares de los bienes embargados y la naturaleza de éstos, considerase conveniente, en salvaguarda del interés general, la adopción de medidas que en el mismo se establece (art. 1º D-L. E.E.).

Si se embargase alguna empresa o grupo de Empresas, acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las mismas o adscritos a su explotación, el Juez podrá decretar que continúe la Administración existente o que ésta sea sustituida, nombrando, en este caso, persona o personas que se encarguen de la misma.

Si continuase la Administración existente, el Juez designará uno o varios Interventores.

Cuando se sustituya la administración de la Empresa por una Administración judicial, los administradores tendrán las mismas atribuciones que correspondiesen al Consejo de Administración o Administradores sustituidos, y estarán facultados para actuar en juicio, así como atendida la naturaleza del negocio y sus circunstancias, para realizar, conforme a los usos mercantiles, los actos de dirección, administración y disposición que fueren necesarios o convenientes, sin más limitaciones que las establecidas en el art. 4º (art. 2º D.L. E.E.).

DE los administradores depende que una empresa alcance sus objetivos o fracase y de aquí la gran importancia que debe tener el nombramiento de aquellos. Las empresas pueden tener sucursales en muchos puntos del país e incluso del extranjero, complicándose el problema cuando lo embargado es un grupo de empresas. Si no se tiene mucho cuidado en el nombramiento de administrador la situación puede desembocar en una situación fatal que producirá la quiebra, la pérdida del prestigio mercantil e incluso el cierre de mercados. Si además se tiene en cuenta que quienes

ejercen el cargo, con anterioridad al embargo, pueden ser personas eficientes y totalmente desligadas del proceso, parece lógico que el legislador haya reservado al Jue el poder establecer que continúe la administración existente.

En el caso de que se nombre por el Juez, persona o personas que se encargaren de la Administración, distintas de quienes desempeñaban hasta el momento dichas funciones, deberá hacer lo en que tiene capacidad para el comercio, por lo que no podrán serlo menores, incapaces, interdictos, quebrados y concursados no rehabilitados, inhabilitados para cargos públicos, condenados por grave incumplimiento de las leyes o disposiciones sociales, persona que por su cargo no pueden ejercer el comercio, ni los funcionarios que tengan sus funciones relacionadas con las actividades propias de la sociedad. Pero además, un administrador debe saber acerca de las habilidades técnicas de la empresa, no sólo de su empresa particular sino de todo sino de todo lo que está relacionado con ella; debe tener conocimientos para saber si las personas que trabajan para la empresa están en el puesto mejor para sus habilidades, y si el sistema de producción es el más correcto para que los asesoramientos precisos pueda saber lo que más conviene en cada momento (C).

Por lo tanto deben practicar todas las actividades que afecten a la vida interna de la empresa y sea necesario para la realización del objeto social. Es de destacar la obligación de llevar debidamente la contabilidad, pues será uno de los instrumentos más útiles, tanto para la rendición de cuentas como para ir viendo la evolución económica de la entidad. Existen relaciones, contabilidad-debecho mercantil, que tiene que ser tenidas presentes por un buen administrador. Estas relaciones como

dice BLANCO (68) dan lugar a condicionamientos recíprocos, - las normas jurídico-mercantiles, al imponer requisitos formales de llevanza y la presentación de estados contables, o al referirse al valor jurídico de los asientos y de los documentos contables, condicionan la misma técnica contable. En sentido inverso la misma técnica contable impone la forma documental de hechos y actos jurídicos, dando lugar a una serie de documentos, presupuesto o efecto de asientos contables, y asimismo da lugar a determinados modos de documentación de la expresión, llevados, según los casos a la categoría de forma, fórmula o formalidad, con diferente significación en orden a su valor jurídico.

El problema real está en que como dice el mismo autor (69) los Jueces y Tribunales tienen falta de especialización en esta materia, aunque a partir de la reforma legislativa producida en 1.973 al aprobarse el 22 de febrero el Plan General de Contabilidad ninguna duda puede existir respecto del importante papel que se les atribuye en orden al reconocimiento y valoración de las múltiples manifestaciones jurídicas de la contabilidad. - Pero además tienen otras funciones importantes, como las de actuar en juicio y realizar no sólo actos de administración sino también de disposición de determinadas ocasiones. Pero ninguna administración judicial puede sustituir útilmente y de modo integral la libre actividad del empresario (70) pues deben prevalecer los intereses garantizados; no se puede dejar libre el riesgo de que se hagan operaciones indebidas (71).

Por ello el art. 6º p. 1º dice que el nombramiento de los Administradores o Interventores por el Juez recaerá en -- personas que reúnan acreditada idoneidad en actividades empresariales. El nombramiento de Administradores, será inscrito, cuando proceda en el Registro Mercantil.

Constituida la administración judicial podrá ser designado un interventor por cada uno de los grupos siguientes:

a) Los propietarios o titulares de los bienes y derechos embargados.

b) Los propietarios o titulares de participaciones no embargadas.

c) Los acreedores de la Empresa embargada.

d) Los empleados y trabajadores de la misma.

La designación se hará por acuerdo de los componentes de cada uno de los grupos y, a falta de acuerdo, por mayoría de participaciones o créditos en los grupos a), b), y c), y en el grupo d), por mayoría de los interesados o, en su caso, por acuerdo de Jurado de Empresa (art. 3º D.L.E.E.) en la actualidad - De gados de personal o comité de empresa, disposición transitó ria 1ª R.D. 6 de diciembre de 1.977).

Para la enajenación o gravamen de participaciones en la Empresa o de esta en otros, de bienes inmuebles o de cualesquiera otros bienes o derechos que por su naturaleza o importancia el Juez hubiese expresamente señalado, el Administrador judicial convocará a los Interventores, dando cuenta al Ministerio Fiscal, a una comparecencia de la que levantará acta el Secretario del Juzgado. Del resultado de esta comparecencia se dará seguidamente cuenta al Juez, el cual resolverá en el plazo de veinticuatro horas. Cuando la decisión fuera contraria a la propuesta de enajenación o gravamen que no hubiera sido objeto de oposición por el Ministerio Fiscal o los Interventores, podrán, aquel y estos, interponer recurso de apelación; en otro caso no se

dará recurso alguno (art. 4º D.L. E.E.). Creemos por consiguiente con los trámites expuesto se pueden enajenar cualquier clase de bienes a tenor del texto legal, aunque no hace notra SANCHEZ ~ SANCHEZ (72) n se entendió de la misma forma en el caso Matesa y el 18 de mayo de 1.970 no se aceptó la proposición de una liquidación ordenada y pacífica de una entidad filial, bajo la responsabilidad del Administrador y de los Interventores y con rendición de cuentas, por estimarse que el supuesto no esta previsto.

Los Administradore judiciales rendirán cuenta de su -- gestión en los plazos que el Juez fije y cuenta general cuando terminen la administración y presentarán con una y otra, Memoria justificativa de las medidas adoptadas y de las operaciones realizadas. De las cuentas y Memorias se dará vista a los Interventores y al Ministerio Fiscal, quienes podrán impugnarlas en el plazo de cinco días para las cuentas parciales y treinta para la general. - El Juez, oído los Administradores, resolverá lo que juzgue pertinente, Contra el auto que se dicte podrá interponerse el recurso de apelación de un efecto (art. 5º D.L. E.E.).

Y por ultimo los administradores podrán ser designados con o sin relevación de fianza y será retribuidos, así como los interventores nombrados por el Juez, con la cantidad que discrecionalmente se fije según la importancia y productividad del capital administrado o intervenido y el grado de dedicación que la administración o intervención precisen. La resolución del Juez sobre este particular será apelable en un efecto por el Ministerio Fiscal y los Interventores.

7.4.1.5. El interventor en la Administración de bienes litigiosos.

7.4.1.5.1. - Concepto y nombramiento.

En la intervención judicial interesa poner de relieve, en primer lugar, su carácter eminentemente cautelar. La intervención judicial no es ningún caso un fin en sí mismo considerada, sino un simple medio de conservar un patrimonio en forma provisional mientras se decide la suerte que dicho patrimonio debe seguir (73).

La intervención no supone, por consiguiente, ejecución. Es más ni tan siquiera está encaminada a preparar la ejecución. En otro caso no podría ser considerada medida cautelar. (74). No tiene finalidad expropiativa (75). sino simplemente conservativa (76), de fiscalización y control (77), de las actividades del intervenido.

El intervenido conserva todas sus facultades de disposición y administración; no pierde ni la titularidad ni la administración de la cosa (78). Ni tan siquiera puede hablarse de una expropiación provisional (79) de la cosa. Sólo dos limitaciones, dice SERRA DOMINGUEZ y RAMOS MENDEZ (80) se imponen a su conducta, una de ellas consecuencia de la otra; deberá poner en conocimiento de interventor todos los actos de explotación de la finca o industria y mediando oposición del interventor deberá acudir al Juez para que resuelva el desacuerdo existente sobre el acto o actos concretos que se proponga realizar.

La intervención judicial, siguen diciendo estos autores, actúa en forma negativa. No pretende coartar en forma alguna -- las facultades del interventor; sino que tiene únicamente a evitar el mal uso que pueda hacer de estas facultades y el perjuicio que de dicho mal uso derive para el demandante o los acreedores. La intervención judicial tiene certeramente a prevenir y evitar abusos pero con ello no cumple su fin. Es preciso, además que el uso, - administración y disposición que de sus bienes o del bien concreto designado efectúe el intervenido sea conforme a las reglas de una buena administración; que el intervenido actúe con la máxima diligencia.

Este planteamiento nos demuestra por sí solo la importancia que en la practica tiene la intervención judicial. En efecto, la conducción de los negocios es eminentemente subjetiva, caben siempre diversas posibilidades entre las que debe optar una persona perfectamente conocedora del negocio. La intervención de un tercero en todos y cada uno de los actos puede devenir una medida totalmente perjudicial y contraria a su propia finalidad - si no es interpretada correctamente. El recurso a la suprema de ci sión del Juez nada resuelve, pues este tiene una función simple mente jurídica, pero no está preparado para resolver problemas de índole comercial ni tiene, orgánicamente, posibilidad de jer-- cer el comercio, De donde resulta que la intervención debe m an ternerse dentro de unos límites prudentes, no controlando y cen-- surando sino aquellos actos que en sí mismo considerados sean - susceptibles de producir un grave perjuicio al demandante o a - los acreedores segun los casos. Simpre que no resulte aparente mente perjuicio, el Juez debe resolver en favor de la postura del intervenido, aun cujando teóricamente pudiera resultar más co--

reda la postura del interventor.

Para M. FENECH (81) el interventor en la administración de bienes litigiosos es la persona capaz procesalmente, designada por el Juez a propuesta de las partes, que fiscaliza la administración de una cosa objeto de una pretensión formulada en un proceso de declaración y poseída por el demandado, mientras penda este proceso o se preste fianza.

Conviene aclarar en esta definición lo relativo a la cosa objeto de la pretensión en el sentido de que la Ley establece que ha de tratarse de minas, montes, cuya principal riqueza consista - en arbolado, plantaciones o establecimientos industriales o fabriles. (art. 1419 de la L.E.C.), y siempre que la petición deducida sea - la propiedad de ellas, pero podría extenderse también a la hipótesis de entregar cosas específicas que exijan administración, cuando concurren los requisitos legales (art. 1428 en relación con el -- 1429 , número 1º a 3º de la L.E.C.).

Para que una persona pueda ser nombrada interventor, a propuesta conjunta de las partes, bastará que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, que equivale a que concorra en ella la plenitud jurídica de las capaces según el Derecho privado material: mayoría de edad, sanidad mental y ausencia de cualquier impedimento físico o jurídico para el libre ejercicio de sus derechos civiles.

Cuando las partes no se pongan de acuerdo para la designación de la persona que haya de ser nombrada, deberán ser

propuestas por el demandante cuatro personas en las cuales, y como presupuesto específico de su capacidad, debe concurrir la circunstancia de que estén dadas de alta en la contribución territorial (art. 1.420 de la L.E.C.) y en cuyo pago esten al corriente.

El nombramiento lo realiza el Juez competente en la misma resolución - auto 0, en que declare haber lugar la intervención, que se documentará en la pieza separada que habrá de formarse (art. 1.421 - 1º de la L.E.C.).

Acordada la intervención, se dará inmediatamente posesión al elegido para desempeñarla (art. 1421, 2º L.E.C.), lo que supone la previa aceptación de este, puesto que el cargo es voluntario, pero hay que dar por supuesto que cuando se propone a una persona para que desempeñe la función de Interventor, el proponente - cuenta de antemano con la adquiescencia del propuesto, y por ello no se hace mención en la Ley a su aceptación.

El título de la legitimación del Interventor en la administración de bienes litigiosos está constituido por la diligencia en que se documenta la toma de posesión del nombrado para el desempeño de dicho cargo, así como por el requerimiento en que se participa al demandado su designación.

7.4.1.5.2 .- Misión, problemas e incidentes que pueden surgir en el curso de la Intervención y extinción.

La misión, propiamente dicha, del interventor se desarrolla al margen del procedimiento judicial, excepto cuando se pro--

duzcan incidentes. El demandado continúa administrando su propiedad y conserva todas sus atribuciones, salvo la que respecta a los actos de explotación. Para realizar cualquiera de estos actos debe dar conocimiento al Interventor (art. 1421-2º L.E.C.) sin que sea preciso, por tanto el conocimiento expreso. Pero la oposición del interventor a cualquier acto concreto impedirá que este pueda realizarse. La labor del Interventor, es, por consiguiente negativa, en contraste con la labor del interventor en la suspensión de pagos, cuyo marcado carácter positivo está reconocido en el art. 6 de la Ley de suspensión de pagos.

Pocos problemas planteará la intervención en aquellos supuestos en que la explotación sea esporádica, tales como los relativos a montes y plantaciones, que tienen un turno periódico de explotación, sin que se ésta permanente. El demandado intervenido cumplirá advirtiéndolo al Interventor anticipadamente la época en que se propone efectuar la tala de los montes y la recolección de la cosecha, pudiendo este último hallarse presente cuando se efectúen tales operaciones. Mayores problemas se plantean en el supuesto de intervención de minas cuya explotación sea permanente. Creemos que no será necesario una notificación diaria, sino que bastará -- con una notificación al interventor del programa establecido para la extracción de materiales, pudiendo este examinar el cumplimiento de dicho programa cuando lo crea oportuno. Sólo cuando por razones especiales, el programa sea alterado deberá ser notificado la alteración del plan de producción al interventor.

Los problemas más importantes giran en torno a la intervención de establecimientos industriales. La producción de estos viene determinada por la coyuntura del mercado, sin que pueda establecerse, sobre todo en determinadas industrias de fabricación, -

planes preconcebidos, sino que éstos dependerán de las solicitudes de la clientela. ¿ Deberá el intervenido dar cuenta al interventor de cada contrato o pedido que se le efectue? Entendemos que semejante interpretación impediría el correcto funcionamiento de la industria o negocio por lo que debe rechazarse categóricamente, le bastará al intervenido con dar un conocimiento general de los actos de explotación propios de su negocio ofreciéndole, una vez realizados, los datos que este solicite, sin que sea preciso una consulta para operación comercial. Únicamente debe exceptuarse aquellas operaciones que por su envergadura o importancia superen el tráfico normal y ordinario de la empresa, que no podrán llevar a cabo sin previo conocimiento del interventor. Todo ello sin perjuicio de que este pueda disponer en cualquier momento la suspensión de cualquier acto de explotación que estime pueda ocasionar un perjuicio a la industria.

En todo caso las facultades de la intervención deben ser interpretadas restrictivamente y limitarse a los simples actos de explotación salvo los supuestos, principalmente, de establecimientos industriales, en que aparezca clara la mala fe del intervenido, y exija una especial intervención. Pero creemos que en tales supuestos debe acudir al Juez, para que emita su resolución, sin que pueda el interventor por sí mismo prohibir la práctica de cualquier acto que no sea de explotación de la finca (82):

En el curso de la intervención puede surgir determinados incidentes provocados bien por la conducta del intervenido, bien por la del interventor, bien por la de ambos. El legislador contempla únicamente los problemas derivados del desacuerdo entre ambos sobre cualquier acto del intervenido, pero creemos que el incidente establecido para tales efectos es igualmente aplicable cuando el

interventor esté disconforme con la marcha general de la administración, aun cuando exceda de los actos de simple explotación. Nos basamos para ello en la diversa redacción de los artículos 1.421 y 1.422 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mientras el primero -- prohíbe al demandado efectuar cualquier acto de explotación, el segundo se refiere al desacuerdo que puede existir sobre cualquier acto administrativo. Siendo la administración un término más amplio que la simple explotación, la interpretación legal nos lleva -- a la consecuencia de que el demandado no podrá efectuar ningún -- acto de explotación sin conocimiento del interventor, pero que los actos administrativos que realice podrán ser censurados por el interventor y sometidos a la posterior aprobación judicial.

La distinción tiene gran importancia en orden a su consecuencias procesales, pues mientras en el primer caso será el -- intervenido quien deberá solicitar permiso al Juez, en el segundo será el interventor quien deba solicitar la prohibición judicial -- mientras en el primer caso el acto de explotación quedará en suspenso en el segundo caso el acto estará ya realizado, tendiendo la prohibición al futuro.

Todo desacuerdo existente entre interventor e intervenido, sometido que sea por cualquiera de éstos a la consideración judicial, es objeto de comparecencia, en la cual, previa citación de las partes, el Juez, después de oírlos resolverá lo que estime procedente (art. 1422 L.E.C.). En este caso el Interventor habrá de hacer un informe sobre las razones que apoyan su criterio que elevará el Juez, a la vista del cual citará a las partes (únicamente las que lo sean en el proceso de declaración, y en manera alguna al Interventor que no es ni puede ser parte), quien si compareciere lo haría en su propia calidad de colaborador del Tribunal, informando a éste, pero sin hacer alegaciones, ni estar

representado por el Procurador ni defendido por Letrado, como aquellas.

El incidente relativo al desacuerdo entre el interventor y el intervenido es el único regulado por la ley procesal. Pero pueden surgir otros que, como la realización por el demandado de un acto de explotación sin previo conocimiento del Interventor.

El supuesto no plantea grandes problemas en su aspecto procesal, existiendo una prohibición judicial, el demandado incurrirá en desobediencia a la autoridad judicial que según su mayor o menor transcendencia podría ser considerada como delito - comprendida en el art. 237, o falta sancionada en el 570-5º, ambos del Código Penal.

Los problemas se plantean en cuanto a los efectos del acto de explotación realizado frente a terceros. Si en lo que respecta la suspensión de pagos existía la publicidad suficiente como para postular la nulidad de los actos realizados sin asistencia de los interventores, no cabe afirmar lo mismo en el caso planteado. La resolución judicial acordando la intervención no se publica, y queda reducida su eficacia a las partes, únicas a las que puede - obligar. Los terceros que hayan contratado con el demandado intervenido han contratado validamente, adquirido derechos y asumido obligaciones, sin perjuicio de que la conducta de éste haya sido ilícita y como tal sancionable penalmente.

Observamos que la sanción penal en este caso presente es independiente de la resolución final que se dicta en el proceso. Aun cuando la demanda sea desestimada por sentencia firme, el delito o falta de desobediencia persisten, si bien, como es lógico, no podrá resolverse en el proceso penal sobre la pretensión

de resarcimiento, pues en definitiva el demandado habrá ejercitado sus derecho sin causar perjuicio patrimonial al demandante ni a -- persona alguna. (83).

Dos órdenes de causas provocan la extinción del deber de la intervención: la necesaria y la voluntaria.

Se extingue de manera necesaria por la carencia sobrevenida de alguno de los presupuesto que condicionan la capacidad procesal o la legitimación del Interventor. Por ejemplo: su muerte, su incapacitación, la extinción del proceso principal, etc.

La extinción voluntaria se produce, a su vez, por tres ordenes de factores, entendiendo por tales l, a voluntad de cada -- una de las partes o del mismo Interventor.

El demandante puede desistir de seguir manteniendo -- la intervención de la finca o empresa reclamada (aun sin desistir del proceso, pues en este caso, la conclusión del proceso de desistimiento sería causa necesaria de la extinción del deber del Interventor).

El demandado puede a su vez hacer que se extinga el deber mediante la prestación de la figura prevenida por la Ley -- (art. 1423 y 1425 L.E.C.) ya que prestada la fianza se dejará -- sin efecto el nombramiento del Interventor, a quien se requerirá -- inmediatamente para que cese en el desempeño de sus funciones -- (art. 1426 L.E.C.).

Por último, el Interventor puede renunciar a su cargo,

sin más que poner lo en conocimiento del Juzgado, quien en todo caso podría obligarle a continuar en el desempeño de sus funciones - hasta que se nombre otro por el mismo procedimiento que se le nombro a él.

El cargo de Interventor es gratuito, al menos en lo que concierne a su función procesal, ya que no existe precepto alguno - en la Ley de Enjuiciamiento Civil que ordene lo contrario.

Por otra parte, sigue diciendo M. FENECH (84) si aceptáramos la tesis del sector doctrinal que estima a la remuneración, aun haciendo que la fuente de exigibilidad sea el pacto expreso, en contra de la gratuidad legal del mandato, estimamos que sería incluso inmoral esta solución, ya que el Interventor por ser un colaborador del Tribunal y no un auxiliar de la parte su actuación viene regida por el principio de imparcialidad, incompatible con percepción de una remuneración de una de las partes.

Para terminar diremos en palabras de GALLEGO MOREL (85) que el éxito de la intervención que se solicita depende en gran parte de las cualidades personales del Interventor elegido. De su prudencia depende la marcha de la explotación y de su vigilancia, la salvaguarda de los derechos puestos bajo su protección.

7.4.2. - ADMINISTRACIONES EJECUTIVAS.

7.4.2.1. - Concepto, clases e ideas generales.

Llamamos administraciones ejecutivas las que tienen por misión administrar los bienes afectos a un receso de ejecución singu-

lar. Según la ejecución sea ordinario o especial podemos distinguir dos tipos de administraciones ejecutivas: ordinarias o hipotecaria.

El proceso de ejecución es una figura típica, separada, - por sus rargos bien acusados de los procesos cautelares y de cognición. El juicio ejecutivo, a diferencia del ordinario y de los sumarios que tienen por objeto una declaración, supone como cierta la existencia de un derecho; su punto de partida puede decirse que es el que - sirve de termino de juicio declarativo, porque da por supuesto lo que en éste ha de ser objeto de contradicción, de discusión y de fallos. - La suposición se funda en una presunción de ley que a ciertos documentos, de cuya autenticidad no hay al parecer duda y a ciertos actos de la persona a quien perjudica, da una fuerza no igual pero muy parecida a la de la sentencia, que por haber adquirido el carácter de ejecutoria es una verdad irrecusable en el orden legal, aunque la razón y los sentidos la contradigan (86).

El proceso ejecutivo - en ello está de acuerdo substancialmente toda la moderna doctrina jurídica - permite al titular o titulares de un derecho subjetivo satisfacer su interes, sin o contra la - voluntad del obligado pero se caracteriza porque falta una fase consagrada a oír las alegaciones de las parres y a resolver según ellas lo que en derecho proceda (81).

Para GUASP (88) el p. oceso de ejecución tiene por finalidad como su concepto enseña, obtener, no una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad del Juez, es decir, una operación material que provoque un cambio real en las situaciones a que el proceso se refiere. Para llevar a cabo tal mutación de hecho el Juez necesita, como instrumento específico, bienes de caracter fí-

sico sobre los que o con los que operar del modo que le exija decisión auténticamente ejecutiva. Las actividades de intrucción en el proceso de ejecución tienden, pues, en primer término, a proporcionar al Juez tales bienes, ya que sólo contando con ellos es posible terminar normalmente un proceso de tal clase.

7. 4. 2. 2. - El embargo, diferencias entre el embargo preventivo y ejecutivo.

El embargo es precisamente el acto con el que trata de satisfacerse esta necesidad instrumental. Mediante el embargo son llevados al proceso los bienes, cosas, entes de carácter físico, que más tarde, tras su realización forzosa o no, habrán de permitir la entrega o la transformación que reclama el titular de una pretensión ejecutiva. Embargar, en realidad, no quiere decir sino afectar un cierto bien a un proceso, ligarlo o trabarlo de tal modo que no pueda más tarde desvincularse de los resultados del mismo: - ya sea el embargo una mera afección ideal, como en la anotación preventiva de un inmueble, ya sea una afección material, como en el apoderamiento o aprehensión de un mueble que el Juez ocupe físicamente.

El embargo es, pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al Juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal. El nombre, aunque doctrinal y legalmente reconocido y empleado, no siempre es acogido con esta amplitud por el derecho positivo, el cual habla muchas veces de embargo, en efecto, pero otras de -- conceptos distintos, como el de secuestro, o el de ocupación, de

nominationes todas ellas que no designan, empero, realidades distintas a las del embargo estricto.

Dentro del concepto amplio de embargo existe, de un lado, el embargo que sirve como medio precautorio o cautelar para asegurar las resultas de una ejecución que aún no ha sobrevenido ni se sabe siquiera con certeza si acaecerá; ésta es la especie -- que puede llamarse propiamente embargo preventivo.

De otro lado, existe el embargo que funciona como medio instrumental de una ejecución no ya potencial, sino actual, pendiente y en curso de desarrollo; especie para la que conviene reservar el nombre riguroso de embargo ejecutivo.

Las diferencias entre embargo preventivo y ejecutivo -- han sido puestas de manifiesto por CARRERAS (89) y dice que al tratar de establecer el fin a que tiende toda la actividad que integra el fenómeno que conocemos con la denominación de embargo, la doctrina se ha pronunciado en un doble sentido; para un sector de la misma (90), el embargo sólo puede ser llamado acto ejecutivo en cuanto integra el proceso de ejecución, pero no porque tenga un fin ejecutivo, entendiendo por tal una finalidad expropiativa del bien sobre que el embargo recae; el embargo constituye para este sector una medida cautelar con un fin propiamente conservativo destinada a asegurar las fines de la ejecución forzosa propiamente dicha, o sea la expropiación o realización de los bienes por medio de la enajenación, la adjudicación y la administración forzosa.

Para otra dirección doctrinal (91) aun sin excluir un fin conservativo, secundario y subordinado, el embargo es, en si mismo

mo considerado, un acto ejecutivo, con finalidad procesal ejecutiva, no sólo por llegarse a cabo dentro del proceso de ejecución, sino por tener atribuida una función estrechamente vinculada con la realización forzosa.

La naturaleza de la actividad ejecutiva, tiene carácter -- sustantivo, esta actividad la realiza el Juez executor al asumir la legitimación necesaria para llevar a cabo con validez actos de -- disposición sobre un patrimonio ajeno, en este caso el del responsable ejecutado. El despacho de la ejecución y la actividad subsiguiente no privan al responsable ejecutado de su propio derecho -- de disposición sobre los bienes integrantes de su patrimonio, y que únicamente quedaba limitada la facultad del responsable en la misma medida en que el Juez executor realizaba los correspondientes actos de disposición.

Ahora bien, el Juez, al elegir los bienes sobre que debe recaer la ejecución y decidir que sean éstos y no otros los que -- sean objeto de la venta o adjudicación forzosa, realiza indudablemente un acto de disposición, necesario lógico y jurídicamente, para que luego la venta o adjudicación puedan ser llevados a cabo. La actividad selectiva y volitiva que realiza el vendedor privado, aunque normalmente no se exteriorice, sólo es posible en virtud de la facultad de disposición que el dueño tiene sobre sus bienes y el titular de un derecho sobre el derecho mismo, por lo que, análoga y paralelamente, la selección y decisión tomadas por el Juez executor son posibles en tanto esta legitimado para realizar actos de disposición, el primero de los cuales es el embargo.

Al embargo va unida indisolublemente la idea de afección;

la actividad del Juez executor tiende a afectar unos bienes a la ejecución forzosa, de modo que se posible lógica y jurídicamente que sobre los bienes afectados recaiga posteriormente el resto de la actividad ejecutiva, consistente en actos que la doctrina ha llamado expropiativos. En nuestro lenguaje jurídico la palabra embargo es sinónimo de traba, y el verbo trabar equivale esencialmente a juntar o unir una cosa con otra, es decir, a afectar o unir los bienes designados a la ejecución pendiente.

No faltan autores que adoptan una posición intermedia entre las dos que hemos dado cuenta, estimando que el embargo es un acto de naturaleza ejecutiva, ciertamente, pero con efectos conservativos (92).

Aho. a bien de acuerdo con CARRERAS (93) la finalidad conservativa sólo podría atribuirse el embargo tomando por tal la última etapa o fase de la actividad en que ésta consiste, es decir, atribuyéndola al depósito de los bienes muebles, o la administración judicial de frutos y rentas o a la anotación preventiva con que quiere garantizarse la traba de los inmuebles, pero en modo alguno al embargo considerado como actividad compleja, a sea como combinación de actos que tienden a un mismo fin.

La negación de una finalidad conservativa que pueda atribuirse al embargo como actividad combinada o compleja, plantea cuestiones que no pueden ser soslayadas por el estudioso. Es cierto que, en la actuación de una sanción genérica, fundada en un título ejecutivo, consistente en una sentencia jurisdiccional, -

en un lado arbitral, no existe solución de continuidad entre el embargo y los demás actos ejecutivos, pero en otros casos, e incluso cuando en la ejecución de sentencia se procede a la exacción de una cantidad liquidada, entre el embargo y la enajenación existe una netra separación temporal que obliga a meditar al investigador sobre la finalidad que en este caso se atribuye al embargo. Si a esto se une que el embargo, con el adjetivo preventivo, es una de las medidas cautelares especialmente reguladas por la norma procesal, salta a la vista la importancia que tiene tratar este tema en nuestro estudio.

Examinemos, en primer término, las diversas hipótesis - que pueden presentarse, para precisar luego la finalidad del embargo en cada una de ellas, por sí y comparativamente.

Cuando la sanción viene impuesta al responsable ejecutado por una sentencia, y siendo aquella genérica, no se conoce todavía exactamente el importe del desequilibrio patrimonial causado por el incumplimiento del deber, por tratarse de cantidades líquidas, cuya liquidación deberá llevarse a cabo por medio de un proceso declarativo incidental inserto en la ejecución, previene la norma la posibilidad de que el acreedor solicite inmediatamente el embargo, sin esperar a que termine la liquidación, el responsable podrá librarse de este embargo dando fianza suficiente a satisfacción del Juez (art. 923 L. E. C.).

En el llamado juicio ejecutivo, aunque el responsable ejecutado quiera oponerse a la ejecución, no puede evitar que se lleve a cabo el embargo; éste sólo puede suspenderse si el responsable - consigna la cantidad reclamada, reservándose el derecho a oponerse a la ejecución y según que sea o no suficiente la cantidad consignada para cubrir el principal y las costas, se suspenderá total o parcial

mente el embargo (art. 1446 L.E.C.) La misma peculiaridad ofrece el embargo en el llamado procedimiento de apremio en negocios de comercio (art. 1549 L.E.C.).

En ambos casos, la ejecución se ha despachado ya para actuar una sanción genérica concreta, que sólo debe tenerse por falta de oposición victoriosa. Cuando prosiga la ejecución, estarán ya designados y afectados a ella los bienes que han de ser realizados forzosamente de modo que no precisará trabar nuevo embargo ni habrá de ser levantado el ya realizado, por lo menos respecto a la cuantía de la liquidación.

En el proceso de ejecución en que deben actuarse sanciones específicas, o en que deba exigirse el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, cabe que el acreedor, previendo la necesidad de actuar posteriormente una sanción genérica o pecuniaria con carácter subsidiario, solicite de antemano el embargo de bienes, del que sólo podrá librarse el responsable dando fianza suficiente a satisfacción del Juez executor (art. 923 L.E.C.).

Si el ejecutado cumple la obligación de hacer o no hacer, o es viable la actuación de la sanción específica no llegará a actuarse to almente la sanción pecuniaria, de modo que el embargo deberá levantarse y dejar los bienes libres de traba..

Finalmente cuando se ejercite una acción de condena, antes o simultaneamente con la presentación de la demanda, podrá solicitarse, concurrido los necesarios presupuesto, el embargo preventivo de los bienes del demandado (art. 1397 y ss. L.E.C.); o aun -- sin concurrir estos presupuesto, podrá solicitarse el embargo si el demandado se constituye en rebeldía (arts. 762 a 765 L.E.C.). El embargo preventivo podrá suspenderse siempre que el demandado --

consignase o diere fianza a responder de las sumas que se le reclama. (art. 1405 L.E.C.).

Si la sentencia que se obtenga es absolutoria, el embargo deberá alzarse sin que pueda llevarse a cabo la ejecución por falta de título ejecutivo.

Si el embargo, en todos estos casos, puede practicarse inmediatamente, sin que pueda realizarse en cambio la restante actividad ejecutiva de carácter expropiativo, cabe pensar que pueda atribuirse al embargo un carácter asegurativo, posibilidad que se refuerza si se tiene en cuenta que en todas estas hipótesis puede sustituirse el acto ejecutivo por una fianza o consignación. Ahora bien el hecho de que el embargo no tenga finalidad conservativa, no excluye la posibilidad de que constituya un acto cautelar, ya que la conservación de los bienes no es sino una de las especies pertenecientes al género común de los actos cautelares, y función cautelar equivale propiamente a función asegurativa. Y cuando el embargo preventivo se utiliza como medida cautelar nos hallamos ante un acto o fase de ejecución anticipada (94) de modo que se trata no de un acto cautelar que sirva a los fines de proceso de ejecución, sino de uno ejecutivo que en ciertas hipótesis, se utiliza antes de -- que se despache aquella por el efecto asegurativo o cautelar que -- produce.

Para CARRERAS (95) el embargo puede ser considerado como acto ejecutivo que se utiliza con fines de cautela o aseguramiento y no parece admitir la tesis que entendiera que el embargo es un acto cautelar introducido en el proceso de ejecución, ni siquiera en el caso examinado de que se lleve a cabo en previsión de una futura sanción genérica o pecuniaria, cuya actuación depende del resultado de una ejecución específica o del cumplimiento voluntario del

condenado por sentencia a una obligación de hacer o no hacer.

En efecto, no basta para que un acto sea considerado como cautelar el que tenga un efecto asegurativo, ni incluso, que la producción de este efecto se busque como fin específico; el efecto -asegurativo, según PRIETO CASTRO (96), es característico de diversas instituciones y para que una de ellas pueda ser calificada de cautelar es preciso que al género se añada una diferencia específica.

Si esta diferenciación se busca en la que podríamos llamar dimensión de la medida asegurativa, estimando como cautelar la que por sí misma integra todo un proceso, de modo que la resolución que acuerda la medida pueda considerarse definitiva o final -- del acto o proceso cautelar, y como no cautelar la que constituye una fase integrante del proceso de ejecución, es obvio que si el embargo preventivo puede ser considerado como acto o proceso cautelar, no así el embargo practicado dentro del proceso, de ejecución para segurar la futura situación de una sanción genérica subsidiaria.

El embargo preventivo recibe este nombre por llevarse a cabo antes o al iniciarse un proceso de declaración para obtener el título ejecutivo que servirá para despachar la futura ejecución, y la decisión de si procede o no, por concurrir o faltar los necesarios presupuesto, agota toda la posible actividad decisoria a este respecto; decisión que puede recaer sin contradicción, al decidir -- sobre la petición de embargo, o luego de un proceso declarativo de oposición regido por el principio contradictorio.

En cambio, el embargo que se practica dentro del proceso de ejecución, aun buscándose su efecto asegurativo, constituye una actividad inicial o fase de proceso entero, y la decisión que lo acuerda no agota la actividad resolutoria del Juez, y a que la --- cuestión puede ser objeto de nuevas decisiones a lo largo del proceso.

Atendiendo a lo que nos parece más fundamental, la diferencia entre actos cautelares y actos ejecutivos debe buscarse en la naturaleza de la actividad ejecutiva. El Juez ~~ejecutor~~, al llevar a cabo el embargo dentro del proceso de ejecución realiza siempre una actividad sustitutiva de la del responsable ejecutado, sea cual fuese el objeto secundario que alguna de las fase de su actividad produzcan respecto al derecho del acreedor ejecutante, sin embargo, es pensando en la venta inmediata o mediata de los bienes y por ello no exige ni puede exigir fianza al acreedor para llevar a cabo el embargo. Por el contrario en el embargo preventivo el Juez no sustituye ninguna actividad del demandado respecto del que se acuerda la medida, si el embargado carece de numerario para prestar fianza, no tiene por que vender bienes para conseguir una cantidad, ya que no se sabe todavía si el desequilibrio patrimonial se ha producido, y por ello no tiene necesidad de ponerle término; no tiene por que vender voluntariamente para evitar la venta forzosa en peores condiciones, ya que el Juez carece de legitimación para vender.

La Ley permite en ciertos casos, aun sin estar legitimado el Juez para disponer plenamente del patrimonio de un sujeto, - que lleve a cabo actos iguales a los que realizaría si lo estuviese,

anticipando la ejecución, para asegurar que ésta pueda llevarse a ca
b o en caso de que recaiga sentencia condenatoria.

En conclusión podemos decir con CARRERAS que la finalidad ejecutiva general del embargo no excluya que una de sus fases engendre un efecto asegurativo cuando la realización forzosa debe demorarse por alguna causa.

Este efecto asegurativo carece de relevancia jurídica, aun que puede tenerla económica - cuando el aplazamiento se verifica no para seguridad del actor ejecutante sino del responsable ejecutado - ya que el embargo segurá normalmente la realización de los bienes trabajos.

El efecto asegurativo tiene relevancia jurídica en el caso en que proceda el embargo para evitar que el ejecutado, en tanto se comprueba si quiere cumplir con sus deberes impuestos por senten
cia, o si es posible actuar una sanción específica, se coloque en si
tuación de insolvencia que haga imposible una sanción pecuniaria - que se practicará dentro de la propia ejecución forzosa.

7.4.2.1.1 Administraciones Ejecutivas Ordinarias

Son las que se regulan en los artículos 1505 y 1521 y - concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en disposiciones especiales como la Ley de 1 de diciembre de 1.936.

La realización forzosa de un bien es susceptible de ver
ficarse por una triple vía: la utilización del bien en sí, en su totalidad, la utilización del valor en cambio del bien, y la utilización de

su valor en uso. La primera de estas formas da lugar a la adjudicación forzosa; la segunda, a la enajenación forzosa, y la tercera, a la administración forzosa. La administración forzosa no es, pues, más utilización de los rendimientos de un bien, de sus frutos o productos, para, con ellos obtener los fines propios de una decisión ejecutiva. Se acude al medio de la administración forzosa cuando el bien sobre que la ejecución recae es explotado de modo que su utilidad venga a servir a la finalidad que se pretende en un proceso de ejecución; lo que se verifica entregando el bien al acreedor ejecutando, pero no para que lo haga suyo, sino para que con -- sus frutos o productos vaya satisfaciendo su crédito. El nombre y el concepto de administración son congruentes con esta esencia -- de la figura: pues aunque lógicamente no repugna que administre directamente el órgano jurisdiccional, el hecho de que la percepción de los frutos vaya destinada al acreedor justifica que a él se le entregue así mismo el bien con cuyos rendimientos ha de satisfacerse.

7.4.2.1.1.1.- La Administración Forzosa: sujetos, actividad tiempo y efectos materiales y procesales.

Es la administración forzosa, según la opinión y exposición que hace del tema el profesor GUASP (98), un verdadero acto procesal. Acto de instrucción del proceso de ejecución, puesto que tiende a proporcionar al Juez los medios específicos que necesita para lograr una decisión ejecutiva. Y dentro de ellos, actos de -- realización forzosa, ya que no trata, como el embargo, de afectar al bien que se administra a las resultas de una ejecución, sino de utilizarlo materialmente dentro de la misma.

La diferencia es tanto más importante cuanto que hay una administración judicial, forma de embargo, que nada tiene que ver con la administración que ahora se estudia. Se pueden distinguir, no obstante, ambas administraciones de una manera muy sencilla, observando el destino de los frutos o productos que la administración obtiene; ya que si estos frutos o productos siguen afectados al proceso, respondiendo dentro de él de una manera eventual, y aún no establecida, se trata de una administración cautelar (99) o, en general de un embargo, la administración de bienes, en caso de embargo de frutos y rentas; y si, en cambio, los frutos o productos se destinan inmediatamente al acreedor ejecutante, el cual los percibe o hace susyo tan pronto como se producen o devengan se trata de una administración ejecutiva, es decir de realización forzosa de un bien ya embargado. Tan distintas son una y otra administración que han de considerarse como incompatibles, y por ello establece el art. 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en caso de administración como medio de realización forzosa "cesará la administración judicial que se hubiese constituido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1450 de la misma Ley, es decir, la pura administración como forma de embargo de ciertos bienes.

Como sujetos de la administración forzosa intervienen:

a). El órgano jurisdiccional, que es el que la decide y realiza, en cuanto que solo el puede llevar a cabo los actos necesarios para acordarla y ponerla en práctica como luego veremos.

b). - El acreedor ejecutante y el deudor, en cuanto partes de la ejecución a que la administración forzosa sirve, puesto que es de esencia de la administración forzosa la entrega del bien al acreedor para que haga suyos los frutos y productos, sin que pierda su propiedad el deudor, aquel reviste, además, la figura -

de un administrador, y éste la de un administrado, en cuanto a los bienes sobre que la administración recae.

El motivo difiere, según que se trate de una administración interina o definitiva, aunque esta última tiene siempre también carácter temporal. Interinamente, cabe acudir a la administración forzosa cuando se trate de bienes hipotecados y las partes lo pacten así al constituir la hipoteca; en efecto a tenor del artículo 1530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "cuando la ejecución se haya dirigido contra bienes especialmente hipotecados y fuere pacto expreso del contrato que el acreedor puede encargarse de la administración de los mismos en tanto que se verifica la venta, el actor podrá pedir que se ponga en posesión de ellos", ya que entonces el Juez accederá a esta pretensión, sin audiencia del deudor si resultará dicho pacto de la escritura de préstamo o de otra adicional, sin perjuicio de continuar el juicio ejecutivo a instancia del acreedor", constituyéndose una administración forzosa provisional, pero de la misma naturaleza que la definitiva, puesto que hay que tener en cuenta las normas de ésta, ya que "serán aplicables a este caso -- las disposiciones de los artículos 1521 y siguientes": La Legislación hipotecaria, como veremos más adelante, regula más detalladamente el supuesto para las ejecuciones que en ella se consideran de modo especial. Definitivamente es posible utilizar el medio de realización de la administración forzosa en un supuesto bien delimitado: cuando, fracasada la segunda subasta, opta el acreedor, no -- por la adjudicación de los bienes, ni por la celebración de un tercer remate, sino por aquella administración; en efecto, según el artículo 1505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tales hipótesis "el actor podrá pedir que se le entreguen (los bienes) en administración para aplicar sus productos al pago de los intereses y -- extinción del capital".

La actividad de la administración forzosa se realiza en el lugar del proceso, pero también en el lugar de situación de los bienes, ya que los actos inmediatos de la administración tendrán - lógicamente que verificarse allí.

En el tiempo que en el proceso de ejecución de que se trate este asignado al trámite correspondiente, el cual, por lo que toca a la ejecución ordinaria, varía según que sea una administración interina: anterior, incluso a la apertura de la ejecución propiamente dicha, o definitiva: ulterior al momento de celebrar la segunda subasta sin resultado.

En la forma que impone su naturaleza y que comprende, no solo declaraciones de voluntad, regidas, en general, por el principio de la escritura, sino manifestaciones de voluntad regidas por las normas de la experiencia que las definen.

La administración ejecutiva se desarrolla mediante el ejercicio de las actividades que supone para el acreedor o administrador y el deudor o administrador, las que integran otros tantos derechos y deberes de los mismos. Si uno y otro están de acuerdo en el contenido de la administración, se estará a su convenio; si no, se aplicarán las normas generales en materia de administración de bienes. Así lo dice el artículo 1522 al establecer, en primer término, que "el acreedor y deudor podrán establecer, por medio de acuerdos particulares, las condiciones con que el primero ha de administrar las fincas embargadas y la forma y época en que ha de rendir cuentas de sus productos, y que " si no lo hicieron así se entenderá que las fincas han de ser administradas según las costumbres del país",

referencia esta excesivamente limitada en cuanto que deja fuera las normas legales sobre administración, que muchas veces serán de aplicación preferente e incluso superiores al mero pacto privado.

En general, las cuestiones que, puede suscitar esta administración judicial, excepto en materia de rendición de cuentas, se ventilarán ante el Juez por el procedimiento incidental, ya que a tenor del art. 1526 "todas las demás cuestiones que puedan sur entre el acreedor y deudor, con motivo de la administración de fincas embargadas, se sustanciarán por los trámites establecidos para los incidentes".

Hay que tener en cuenta que el acreedor tiene el derecho y el deber fundamentales de administrar, esto es, de cuidar la finca de modo que de el rendimiento ordinario a que normalmente esté destinada.

No adquiere la propiedad de la finca en ningún caso, aunque esto se haya pactado, por aplicación analógica del artículo 1884 del Código Civil; pero hace suyos los frutos que percibe; en compensación, tiene que abonar, con cargo a los frutos, los gastos de contribuciones y cargas que pesen sobre la finca, y los de conservación y reparación que el bien exija: por aplicación analógica del artículo 1882 del Código Civil.

Mención especial merece la obligación que tiene el acreedor de rendir cuentas como todo administrador. Debe rendir, por lo menos, una cuenta anual de los productos que recibe: Art. 1522

de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta cuenta se dará vista al deudor por quince días y, a su vez, se trasladará al acreedor la oposición o reparos que a la misma se hubieran hecho, por plazo de nueve días: artículo 1523. Caso de no haber conformidad, el Juez convocará a las partes a una comparecencia o juicio oral, dentro del tercer día, para oír las y admitir las pruebas, que propongan y que habrán de practicarse en el plazo que estime prudencial, no superior a diez días, extendiéndose la correspondiente acta: artículo 1524. Finalmente el Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días, aprobando o rectificando la cuenta del acreedor, = sentencia que es apelable en ambos efectos: artículo 1525.

El deudor tiene el deber y el derecho fundamental de soportar la ejecución y de que se le considere como sujeto pasivo de la misma. En caso de administración de fincas rústicas, la Ley le autoriza a participar en la administración, puesto que " si las fincas fueran rusticas, podrá el deudor intervenir las operaciones de la recolección por si o por medio de apoderado" artículo 1522; pero, en realidad, su principal facultad se halla en materia de -- cuentas, donde puede oponerse a las del acreedor del modo que -- acaba de ser indicado.

La administración forzosa termina normalmente cuando se procede a la venta de los bienes, en caso de administración -- interina; o cuando los frutos del bien administrado han compensado el crédito de la ejecución, sus intereses y los gastos y costas volviendo entonces la finca a poder del ejecutado, en caso de administración definitiva: artículo 1530 y 1527 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, análogamente artículo 1983 del Código Civil.

Anormalmente la administración forzosa termina, antes de llegar al fin específico, a instancia del acreedor, si éste no considera conveniente continuar en la administración. En efecto, puede el acreedor, en cualquier tiempo, pedir que la administración cese y que se saquen los bienes a pública subasta, que será la primera, si se trató de administración interina, u otra ulterior, si se trata de administración definitiva: en la nueva subasta se rebaja el 25% del avalúo y se mantiene la facultad de adjudicación por las dos terceras partes del valor, en lo que sea necesario para completar el pago, deducido lo que el acreedor hubiese percibido a cuenta: Artículo 1.529.

A instancia del deudor, si éste también en cualquier momento, paga todo lo que debe, en caso de administración interina, o lo que reste de la deuda, en el caso de administración definitiva: en esta última hipótesis abona sólo el saldo, según el último estado de cuentas presentado por el acreedor, y se le devuelven inmediatamente los bienes, cesando el acreedor en la administración, sin perjuicio de rendir su cuenta general en los quince días siguientes y de las demás reclamaciones que puedan surgir entre las partes: Artículo 1528.

Los efectos materiales propios de la administración ejecutiva no se producen en principio, en cuanto al bien, si o en cuanto a los frutos y productos que este rinde. Sin embargo, hay que observar que la constitución de la administración forzosa supone un -- cambio, no en la titularidad del dominio, pero si en la posesión del bien mismo, de la que se desapodera el deudor para transmitirla al acreedor. Ahora bien, en lo que respecta a los frutos y productos, su percepción o devengo es título suficiente de propiedad a favor del acreedor.

No quedan modificados los derechos reales, distintos de la pura posesión, que puedan recaer sobre el bien administrado. Las cargas, tanto anteriores o preferentes, como posteriores o no preferentes, subsisten con su misma condición y hábito. El acreedor - que administra debe atender a su satisfacción y pago; de no hacerlo la vía ejecutiva contra el bien queda abierta, aun que la eficacia de esta nueva ejecución se posponga a la consumación de la administración misma. No puede en cambio, el acreedor constituir nuevos - derechos reales en lo que ello exceda del ámbito general de la administración.

Los efectos procesales de la administración forzosa son los propios de todo medio de realización. Dan al Juez los instrumentos últimamente necesarios para que resulte viable la decisión ejecutiva. Realmente, de la administración puede decirse lo mismo que - de la adjudicación forzosa.

7.4.2.1.2.- Administraciones ejecutivas hipotecarias.

En el proceso especial de ejecución establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria se regulan estas administraciones, que no son sino una variedad del tipo anterior.

Conforme establece la regla sexta del mencionado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago sin efecto, practicado en cualquiera de las formas antes indicadas, el actor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca, si así se hubiese pactado en la escritura de constitución de hipoteca (100) o tuviere reconocido expresamente este derecho por alguna ley.

El acreedor percibirá en este caso las rentas vencidas y no satisfechas si así se hubiese estipulado y los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación de la misma exigida y después su propio crédito.

Esta administración puede pedirla el acreedor, y concederla el Juez una vez transcurridos diez días de efectuado el requerimiento de pago al deudor o al tercer poseedor, sin necesidad de practicar otro trámite en el procedimiento.

Cuando concurren en una misma finca, varias administraciones de este tipo, la efectividad de las mismas, debe tener lugar según el grado de prelación de las respectivas hipotecas. Esto tratándose del caso corriente de hipotecas de diferentes rangos. Cuando las hipotecas sean de un mismo rango, entonces dicho párrafo 2º de la regla sexta del artículo 131 dispone que si los actos fueran de la misma prelación, podrán pedir la administración cualquiera de ellos, en beneficio común, aplicando los frutos y rentas en la forma antedicha a prorrata, entre los créditos de todos los actores. Y si lo pidieran varios de la misma prelación, decidirá entonces el Juez a su prudente arbitrio.

7.4.2.1.2.1.- Proceso Especial de Ejecución Establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria.-

Según establece el artículo 133 de la Ley Hipotecaria, la administración y posesión interina de las fincas concedidas al acreedor en virtud de esta o de cualquier otra ley, no excederá como norma general de dos años. A su término, el acreedor rendirá cuentas de su gestión al Juez, quien las probará si procediere. Sin este requisito no podrá proseguirse la ejecución.

El artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se refiere expresamente a tres subastas y en el supuesto de que la tercera subasta quede desierta por falta de licitadores, dispone en su regla doce que podrá producirse la subasta tantas veces como lo solicite el dueño de la finca, continuando mientras tanto, el inmueble en administración si el acreedor la hubiere tenido de conformidad con la regla sexta, - en cuyo caso la fecha de rendición de cuentas de la administración, será fijada por el Juez a su prudente arbitrio.

7. 4.2.1.2.2.- Especialidades en favor del Banco Hipotecario.

Las particularidades del proceso de ejecución hipotecaria en relación con el Banco Hipotecario de España, se ofrecen bajo dos aspectos, según que dicha entidad sea acreedora o deudora.

Si el Banco Hipotecario de España es acreedor hipotecario, una vez vencido el crédito garantizado, puede satisfacerse de su importe, bien por medio del secuestro o posesión interina de la finca hipotecaria como se denomina en la Ley de organización del Banco Hipotecario de 2 de diciembre de 1972 y que a juicio de GOMEZ ORBANEJA Y HERCE - QUEMADA es en realidad la entrega de la cosa en administración como la regula la Ley Hipotecaria, o bien por la enajenación de la misma; preferentemente por el primer medio, ya que el segundo se produce cuando la marcha regular de las operaciones - del Banco, exigiere, el reintegro inmediato del préstamo, a juicio de su Consejo de Administración.

Para que proceda el secuestro y posesión interina, - a nuestro juicio administración judicial, de acuerdo con los autores - citados, - es preciso que se requiera por escrito al deudor, cuando el crédito esté vencido, y en caso de no satisfacerse en el plazo de dos días, se pedirá tal posesión al Juez de Primer Instancia.

Este cerciorado de la legitimidad del crédito y de la falta de pago, dictará providencia accediendo a la demanda y ordenando la entrega de los bienes de no verificarse el pago dentro de los quince días de la presentación de la demanda. De dicha resolución se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

El Banco percibirá las rentas vencidas y no satisfechas del inmueble, aplicándolas al pago de su crédito, recogiendo asimismo los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y después el propio crédito.

En la enajenación forzosa y cuando el Banco optare por el cobro inmediato del crédito, mediante la venta forzosa de la finca gravada, deberá pedirlo al Juez de Primera Instancia, el cual previo el requerimiento del pago al deudor, por el mismo término o antes indicado, ordenará proceder a la oportuna subasta una vez cerciorado con la presentación del título de la legitimidad del crédito reclamado.

La subasta se anunciará en el "Boletín Oficial del Estado", así como en el "Boletín Oficial de la Provincia" y en alguno de los periódicos de la misma, por término de quince días citándose en ella al deudor.

La subasta, se celebrará ante el Secretario Judicial correspondiente y en la forma en que se celebran las subastas voluntarias, pero con sujeción a lo que disponen las leyes, respecto a la subasta judicial en cuanto al precio en que podrá verificarse la enajenación.

A voluntad de las partes se tomará por tipo de la subasta la tasación hecha al tiempo de constituirse el préstamo o la que verifique de nuevo por peritos nombrados al efecto.

Si el deudor verificase el pago antes de la celebración del remate se suspenderán los procedimientos, sino se verificase en dicho término, el Juez dictará providencia, aprobando la subasta y declarando rescindido el préstamo.

Vendida la finca, el comprador pagará al Banco dentro de ocho días, lo que éste acredite por razón del préstamo, y el sobrante que resulte del precio quedará a disposición de los Tribunales, para que lo distribuyan conforme a Derecho.

Este pago al Banco, se extenderá sin perjuicio de la acción que pueda corresponder al deudor o al tercer perjudicado, si lo hubiere, la cual podrá ejercitarse en el juicio correspondiente (101).

7. 5. - ADMINISTRACIONES QUE INTEGRAN LA TOTALIDAD DE UN PATRIMONIO O PATRIMONIALES.

Las administraciones patrimoniales se extienden a una masa de bienes que integran la totalidad de un patrimonio, lo que supone la previa desconexión del titular de aquél, que puede producirse por dos ordenes de causas: Por muerte del titular, o por privarse a este, por causa distinta de la muerte, de la administración de su propio patrimonio. Esta distinta etiología da lugar a la distinción de las administraciones patrimoniales en "mortis causa" e "inter vivos".

7.5.1. Administraciones "mortis causa".

Dos ordenes de procesos pueden originarse a consecuencia de la desconexión del titular de un patrimonio por causa de la muerte; según que el causante haya fallecido sin otorgar testamento o habiendo otorgado testamento válido. La administración de los bienes que integran el caudal relicto, cuando no hay testamento, la denominaremos administración abintestato.

7.5.1.1.- Administraciones abintestato

7.5.1.1.1.- Administraciones interinas

La administración de un abintestado puede ser interina que tiene aun carácter efímero y provisional y que se menciona de pasada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se establece por el Juez inmediatamente que empieza la prevención del abintestado y dura hasta que se constituye la definitiva. La Ley sólo habla de depositar los bienes en persona abonada (art. 959 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En realidad, como señalaba FENECH (102), puede no tratarse de una administración patrimonial, sino singular, ya que sólo los bienes cuya conservación o custodia exigen cuidado inmediato son puestos bajo su atención, mediante inventario.

7.5.1.1.2.- Administraciones definitivas.

Son las que tienen por objeto todos los bienes que integran la masa hereditaria de un titular muerto sin testamento válido, - en tanto se halle pendiente el juicio de abintestato. La administración patrimonial definitiva del abintestato puede ser denominada la adminis

tración tipo, ya que a las normas que la regulan (arts. 963, 966, 967, 969, 976, 1005, 1009, 1033, 1124 y 1160 núm. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se hace remisión por el legislador en otras hipótesis distintas de administración judicial.

7.5.1.2. - Administraciones originadas por la existencia de un testamento.

Cuando una persona fallece dejando testamento en el que designa a sus herederos, puede tener que constituirse una administración. Las normas relativas a ellas variarán, en atención a la diversa finalidad que se persiga según los casos.

Puede ser que la problemática se origine en el propio -- nombramiento de heredero y así tendremos que distinguir la testamentaria, la designación de heredero condicional o a plazo, la institución de herederos en persona que no ha nacido todavía, esté o no -- concebido, la disposición de los bienes en favor del alma y la adjudicación a favor de personas innominadas.

También es posible que haya que atender a la administración de los bienes del fallecido por la propia actitud del heredero, como sucederá si repudia la herencia, o si la acepta a beneficio de inventario.

7.5.1.2.1. - Administraciones surgidas por la forma de hacerse el nombramiento de heredero.

7.5.1.2.1.1. - Administración de testamentaria

Tiene por misión administrar los bienes que integran la -- masa hereditaria de un titular muerto bajo testamento válido, y su régimen jurídico se establece en los artículos 1068, 1069, 1097, 1100 y

1690, núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hay que constituirla cuando los herederos son designados expresamente en el testamento, pero hasta la división y adjudicación de los bienes pueden verse perjudicados y, es lógico, deben ser oídos, ante esto el legislador les da la facultad de señalar ellos mismos quienes dispongan sobre la administración (art. 1068 L.E.C.). Sólo en el caso de que no consiguieren llegar a un acuerdo es cuando el Juez determinará lo que corresponda y, aún aquí, con limitaciones, tanto en cuanto al depósito de metálico, efectos públicos, alhajas, muebles, semovientes y frutos recolectados, como en cuanto a la persona que debe ser nombrada administradora al exigirse que sea el viudo o viuda y, en su defecto, el interesado que tuviere mayor parte en la herencia, si reúne, a juicio del Juez, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo; solamente en el caso de que no concurre esta circunstancia en quien tuviere la mayor parte de la herencia, o fuere igual la participación de todos los interesados o de alguno de ellos es cuando el Juez puede nombrar a cualquiera de estos incluso a un extraño. (art. 1069 L.E.C.).

Una vez constituida esta administración, la finalidad perseguida es la misma que en la administración abintestato, por ello, cuando el testador no hubiese dispuesto lo que deba hacerse se debe regir por las normas establecidas para esta (art. 1097 L.E.C.), pero con la particularidad de que a la apertura de la correspondencia también podrán concurrir los herederos (art. 1099 L.E.C.) y que a instancia de los interesados, el Juez podrá mandar que, de los productos de la administración, se entregue por vía de alimentos a los herederos y legatarios, al conyuge sobre viviente, hasta la cantidad que respectivamente pueda corresponderles como renta líquida de los bienes a que tenga derecho, fijándose la cantidad y los plazos en que el administrador haya de hacer la entrega (Art. 1100 L.E.C.).

7.5.1.2.1.2.- Administración por designación de herederos condicional o a plazo.

La institución de heredero bajo condición suspensiva es uno de los motivos que en nuestro Derecho originan la situación de herencia yacente. Ocurre que los derechos, pendientes de condición, de quienes son en tal forma favorecidos en un testamento, resultan más reducidos que los que obtienen los beneficiarios de un derecho patrimonial transmitido condicionalmente por acto intervivos. Esto determina a juicio de GITRAMA (103) graves consecuencias; por ejemplo, la de que, mientras quien adquiriera un derecho de crédito o un derecho real bajo condición transmite este derecho pendiente a su heredero, el heredero o legatario nada transmite al suyo en caso de fallecer antes de cumplirse la condición impuesta en el testamento que le beneficia. El principio aparece recogido en el art. 759 del Código Civil, ciertamente más dispar en contenido que en número de orden con el 799 del propio cuerpo legal.

Ahora bien si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuese negativa, o de no hacer o no dar, cumplan con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses, (Art. 800 C.C.).

Si el heredero fuese instituido bajo condición suspensiva, repondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior (art. 801 C.C.).

Si el heredero o legatario condicionales no prestan dicha fianza, se pone la herencia en administración, del mismo modo que ocurre en el periodo de pendencia de la condición suspensiva usual; esto es, llamando a dicha administración a los restantes coherederos y a los condicionales provistos del derecho de acrecer. Pero puede ocurrir que el heredero condicional sea el único llamado a la herencia, esto es, que carezca de coherederos, o bien que, teniendo, no existan entre ellos el "jus adulescentiae" (por prohibición del testador, por ser llamados en testamentos distintos, etc.), en cuyo caso logicamente no han de interesarse en absoluto en el cuidado y gestión de un patrimonio que nunca ha de ser para ellos, en esta hipótesis preve el art. 803 del C.C. que será el propio heredero quien entre en la administración dando fianza, y si no la da, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y, si ni uno ni otro afianzarán, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

Al cumplirse la condición suspensiva el heredero adquiere el derecho a la herencia por la delación y lo puede hacer efectivo; entonces se habla del efecto retroactivo de la adquisición porque se entiende que sucedió en el momento de fallecer el causante; pero lo inborrable es el periodo de administración que ha existido entre uno y otro acontecimiento.

Al cesar la administración hereditaria recibirá el heredero los bienes de la herencia con todos sus accesiones, frutos y rentas que hubieren producido desde la muerte del testador, y serán de su cuenta los menoscabos y pérdidas que no sean imputables al administrador, cuando fuere otra persona.

Puede ocurrir que la condición no se cumpla y la herencia irá a los sustitutos, a los coherederos con derecho de acrecer o a los herederos legítimos, de acuerdo con lo que los artículos 801 a 804 del C.C. preveen sobre la administración pendiente de condición a ellos corresponderán en este caso los frutos y beneficios ocurridos durante la administración.

Al lado de la institución de heredero sometida a condición suspensiva como determinante de una suerte de administración de herencia, debemos consignar la institución sujeta sí mismo, a término o plazo suspensivo.

El art. 805 del Código Civil establece terminantemente la validez de las instituciones hereditarias a término, y su criterio viene abonado por reiterada jurisprudencia que afirma la legalidad de las mismas, equiparandolas a las puras y estamando que, como éstas crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos y a los sustitutos desde la muerte del testador (104). Por consiguiente en tanto que la condicionalidad afecta a la adquisición del derecho y a la delación misma, el plazo afecta sólo a la exigibilidad del derecho ya adquirido (artículo 1125 del Código Civil).

El término establecido puede ser como la condición, inicial o suspensivo y final ó resolutorio. En todo caso hasta que llegue el término señalado, la administración de la herencia compete al sucesor legítimo (art. 805 p 2º C.C.). A este respecto señala GITRAMA que aunque el Código no lo diga, si el testador designó para la administración a alguna persona ha de desplazar al sucesor legítimo.

Tanto en un caso como en otro, el administrador no entrará en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido que, en definitiva, es el primer interesado en definitiva, es el primer interesado en la buena gestión de lo que transcurrido el plazo, ha de hacer definitivamente suyo.

7.5.1.2.1.3.- Administración por designación como heredero del concebido y no nacido.

A tenor del artículo 29 del Código Civil el concebido goza antes del nacimiento de la protección de las leyes civiles y se presume nacido para todos los efectos favorables, con la única condición de que luego nazca vivo o viable. Entre los efectos favorables, y como ejemplo, el más genuino de los mismos, figura el de la adquisición de las herencias y legados que puede corresponderle.

En realidad, cuando aparece un "nasciturus" llamado a una herencia se crea un estado anormal; las demás personas llamadas a la sucesión por testamento o por ley no pueden entrar en la posesión inmediata de los bienes relictos porque entrañaría notoria injusticia prescindir de la personalidad del ser concebido, sujeto de derechos condicionales que, si llega a nacer, ha de hacer efectivos privando en todo o en parte de los suyos a quienes esperaban heredar.

Los preceptos del Código Civil (959 a 967) obedecen a estas necesidades, a ellos nos vamos a referir y concretamente a los relativos al cuidado y administración de la herencia a que se halla llamado el "nasciturus".

El Código Civil establece en el artículo 965, que durante -

la situación especial y transitoria que el posible nacimiento del postumo origina se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria. Así, el Código Civil se ve precisado a acudir, mediante una remisión reiteradamente usada, y que resuelve muchas dudas, a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de ella al juicio necesario de testamentaria. A este juicio aparecen dedicados los artículos 1096 y 1100 de la citada Ley, en cuyo examen no nos detenemos ahora por reservarlo para el tercer capítulo de nuestro trabajo. Solamente diremos que el juicio necesario de testamentaria debe prevenirse de oficio, según los artículos 1041 y 1042 de la Ley procesal; conjugando esto con el tono de imperatividad del art. 395 del Código Civil ("se proveerá") parece indicar que, en el supuesto de que un concebido y no nacido sea llamado a heredar, ha de ser el Juez en todo caso quien ha de iniciar un juicio necesario de testamentaria encaminado a salvaguardar los bienes hereditarios a cuya propiedad está llamado el nasciturus.

Ahora bien, creemos con GITRANA que es preferible que la propia viuda y los herederos, hallándose presentes sean quienes, como directamente interesados en la conservación y administración de los bienes hereditarios adopten las medidas que juzguen oportunas para tender a esa necesaria administración y seguridad sin que sea preciso, mediando acuerdo, la injerencia judicial. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, tratándose de sucesión testamentaria, evidentemente, cuando el testador haya prohibido la intervención judicial en su sucesión y teniendo el buen acierto de designar administrador al albacea, habrá que estar a su voluntad. (art. 1044 a 1046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y no habrá tampoco inconveniente en que, de común acuerdo la viuda y los herederos, presentes, nombren un administrador en caso de no haberlo designado el propio -

testador. De cualquier modo, en los casos que procede la intervención judicial, después de cerrados, sellados y depositados respectivamente unos y otros bienes de la herencia, según su naturaleza, y de hecho - el oportuno inventario, el Juez nombrará administrador, quien como - es de rigor, depositará fianza suficiente para responder de los que administare, al menos, si los interesados mayores de edad le relevan de la obligación, proporcionada a la cuota hereditaria que corresponda - al póstumo.

Resulta, pues, que la herencia del concebido y no nacido se halla necesariamente en administración hasta que se resuelva su -- transitoria situación. El administrador ha de administrar con arreglo a lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 1005 a 1035 (a los que remite el 1097) y en sus artículos 1096 a 1160, a los que a su vez, remite el 965 del Código Civil; todo ello, naturalmente, sin perjuicio de lo que dispusiere el testador, cuya voluntad es - ley de la sucesión. Y no obstante hallarse en suspenso todas la relaciones jurídicas creadas en torno a la herencia a que está llamado - el "nasciturus", el administrador puede pagar a los acreedores, previo mandato judicial, a tenor del art. 966 párrafo 2º, ya que el crédito de éstos, con sus intereses, no puede condicionarse al nacimiento del póstumo, como no se condiciona en forma alguna en supuestos análogos (artículos 1020 del Código Civil y 1030 párrafo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero si para hacer este pago hubiera - que vender bienes de la herencia, supuesto para el que habrá que estar a los artículos 1030 y 1031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no podrá atenderse de ningún modo a las palabras que aparecen al final del art. 1030 del Código Civil. En este caso se trata de derechos - del póstumo, y por razones de justicia, a la vez que por el artículo 164, para la enajenación de inmuebles que en todo o en parte le correspondan, se hace precisa la autorización o mandato judicial.

En fin, al administrador de la herencia del "nasciturus" corresponde satisfacer el doble derecho de alimentos que compete a la viuda encinta por el artículo 964 del Código Civil, y que habrá - de satisfacerse a cargo de la herencia; idea ésta que se halla en perfecta consonancia con lo establecido en el artículo 1100 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y el artículo 967 del Código preceptua sobre el cese en el cargo y rendición de cuentas del administrador a los herederos ya conocidos o a sus legítimos representantes.

Cuando sea llamado a la herencia, no ya un póstumo, - que es el caso que regula el Código Civil en sus artículos 965 a 967 sino un concebido y no nacido cualquiera, por un testamento de un extraño sigue diciendo GITRAMA que la administración de los bienes hereditarios que le pertenezcan corresponderá al padre y, en su defecto a la madre, por que siendo probabilísimo el nacimiento del concebido, y con él su capacidad para percibir de hecho por testamento, es razonable que la administración se otorgue desde el principio a sus - padres, sobre quienes regularmente ha de recaer después el alumbramiento (art. 159 Código Civil). Ahora bien si faltan los padres o uno de ellos y el otro ha perdido la patria potestad, o la han perdido los dos, el medio más adecuado para la gestión de los intereses económicos del concebido y su representación legal será el nombramiento - de un tutor especial que será el encargado de aquella administración.

7.5.1.2.1.4. - Administración por institución de heredero a favor del no concebido todavía.

Este supuesto tiene muchas analogías con el anterior desde el punto de vista de la administración hereditaria en la institución hecha a favor de persona no sólo no nacida, sino ni aún concebida, ya

que al tiempo de testar, ya al abrirse la sucesión.

Si en nuestro derecho se afirma la validez de las instituciones a favor de no concebidos, posición adoptada por los ilustres -- anotadores de ENNECCERUS (105), entre otros autores y por Resolu-- ciones de la Dirección General de los Registros (106), es preciso con-- venir en que, al surgir un llamamiento sucesorio a favor de un no con-- cebido, ocurrida la muerte del causante y hasta el nacimiento y ad-- quisición por el instituido de los bienes relictos, se produce una si-- tuación analoga en parte a la de la herencia deferida bajo condición -- suspensiva, que aquí sería la de que el interesado llegase a nacer -- viable. Durante este período, y aunque no ufese más que por clara -- analogía con dichos supuestos, lógicamente la herencia debe hallarse en administración. Esta administración se regirá por los preceptos -- que el Código Civil dedica a la administración de la herencia bajo con-- dición suspensiva, y, en su defecto el Juez con intervención del Minis-- terio Fiscal, deberá acordar lo que estime más conveniente.

7.5.1.2.1.5. - Administración de herencia en favor del -- alma.

El principio general afirmado por el Código Civil, es el de la libertad de disponer "mortis causa" si bien con algunas limita-- ciones, fundamentalmente apoyadas en motivos de familia. Tales limi-- taciones tendió el legislador a reducirlas en lo posible, ampliando -- la facilidad de otorgar la última voluntad y la posibilidad de disponer de los propios bienes reduciendo el campo de las legítimas: " El que no tuviese herederos forzosos puede disponer por testamento de to-- dos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona -- que tenga capacidad para adquirirlos" (art. 763, párrafo 1º, del Cód-- igo Civil). Es decir, que la regla general es la de que ha de regir-- se la voluntad del fallecido cuando ésta ha quedado manifestadamente.

Este puede disponer de todo o parte de su patrimonio " a titulo de herencia o legado" (Art. 668 C.C.) por medio de ese " acto por el cual una persona dispone para despues de su muerte de to dos sus bienes o de parte de ellos",, que llama testamento (art. 667 C.C.). Sin embargo, y aunque, como se ha indicado, el Código Civil llevó a efecto una restricción en el ámbito de las legítimas, éstas siguen representando una importante limitación de tal facultad de disponer. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones establecidas en el Código - (art. 763, párrafo 2º), y que están contenidas en los artículos 806 y siguientes, reguladores del sistema de legítimas.

En el caso concreto de las disposiciones en favor del alma no presenta dificultades especiales la capacidad de testar. Pueden ha cerlo " todos aquellos a quienes la Ley no lo prohíba expresamente", (art. 662 C.C.), con tal de que lo hagan por si mismos, puesto que - "el testamento es un acto personalísimo", y " no podrá dejarse su for mación, en todo ni en parte, el arbitrio de un tercero, ni hacerse - por medio de comisario o mandatario" (art. 670 C.C.).

En cambio, pueden derivarse mayores dificultades, para - descubrir la posibilidad de encuadrar la institución de heredero a fa vor del alma en el sistema del Código Civil, de los requisitos que - éste exige en general para dicha institución. Pueden "suceder por - testamento o abintestato lo que no estén incapacitados por la ley " ⇨ (art. 744); afirmándose más incapacidades en los artículos 745 y 756 del Código Civil (criaturas abortivas, Asociaciones o Corporaciones no permitidas por la ley e incapacidades por causa de indignidad), - que no son utilizables para la solución de la cuestión propuesta. las personas jurídicas pueden adquirir bienes por testamento, conforme a las leyes y reglas de su constitución (art. 38 y 746 C.C.). Pero - es absolutamente necesario que se indique al heredero, de modo - que pueda conocersele con toda certeza: "Toda disposición en favor

de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta" (art. 750 C.C.). Sin embargo, se pueden hacer algunas disposiciones de modo genérico, sin determinación precisa de personas; así en favor de los parientes del testador (Art. 751 C.C.) o en favor de los pobres (art. 749 C.C.) y en tales casos se puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que se dejan en general a esas clases determinadas, " como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquellas debían aplicarse (art. 671 C.C.).

Si hemos analizado las líneas fundamentales de la doctrina recogida en el Código Civil es para analizar ahora la posibilidad de en ellas las instituciones a nombre del alma, examinando la figura del alma como heredera, la personalidad de los ejecutores testamentarios en ese caso y la configuración de unos legados, en favor del alma, consecuencia de los principios anteriores.

El Código Civil no presenta una afirmación ni una negación expresa de la posibilidad. No contiene un artículo que pronuncie la nulidad de la institución a nombre del alma, ni previene tampoco expresamente su validez.

La validez de la institución de heredero a favor del alma, sino está expresamente formulada en el Código Civil, se encuentra admitida de modo taxativo y concreto en la jurisprudencia posterior al mismo, que viene a seguir así la trayectoria iniciada por el Tribunal Supremo antes de su promulgación.

La sentencia de 25 de febrero de 1911 (107) se refiere a un testamento otorgado en 19 de septiembre de 1902, en el que la testadora, después de tomar varias disposiciones concretas, " del

remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuras, instituye y nombra por su única y universal heredera a su alma", y en esa sentencia se mantiene la validez del testamento, afirmándose expresamente en el segundo considerando que se trata "de una institución de heredero a favor del alma".

Más tarde, en la sentencia de 13 de octubre(108) se dijo otra vez, pero ahora con más depurada expresión, que, "la facultad de disponer un testador de todos o parte de sus bienes para sufragios en obras piadosas, en beneficio de su alma no sólo no la prohíbe la ley, sino que, por el contrario, está regulado el ejercicio de este derecho en el artículo 747 del Código Civil, determinando las reglas a seguir por los albaceas cuando el testador no les hubiere especificado el modo de aplicación de los bienes dejados con aquella finalidad.

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros, en resoluciones de 26 de enero de 1910 y 3 de febrero de 1928, entre otras, han seguido la misma dirección que las del Tribunal Supremo, las cuales remiten siempre al art. 747 del Código Civil que dice así: " Si el testador dispusiese de todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y si especificar su aplicación los albaceas venderán sus bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador Civil correspondiente para los establecimientos benéficos - del domicilio del difunto, y, en su defecto, para los de la provincia.

El supuesto que el artículo viene a resolver no es, a -

juicio de MALDONADO Y FDEZ. DEL TORCO (109), el caso en que se haya instituido al alma como heredera, sino el haberse dejado por el testador sin especificar su aplicación concreta bienes " para sufragio de su alma". No se fija el texto legal en la personalidad de un heredero instituido, sino en una finalidad señalada para que sea cubierta con todos o parte de los bienes relictos. Es decir, que en la doctrina que puede contruirse en torno a la aplicación del art. 747 no -- aparece la figura del alma como heredera, sino la aplicación de unos bienes hereditarios en obras que redundaran en beneficio de la misma en la otra vida.

Resulta curiosa la respuesta a una consulta que le fue hecha, la Redacción de la Revista de Derecho Privado afirmaba en el año 1916 que, admitida la validez de las disposiciones, en favor del alma; su construcción era la de disposiciones establecidas en propio beneficio por los testadores. El alma, decía, no es persona jurídica ni tiene existencia social autónoma, pero como inmortal que es, vive, tiene realidades y necesidades ideales y en cuanto a los medios precisos para éstas, puede y debe estar representada, esta representación cae en la persona encargada por el testador de cumplir el encargo; e incluso llegaba a calificar el caso de "auto sucesión: Para MALDONADO Y FDEZ. DEL TORCO es imposible pretender fundar una titularidad de los bienes relictos, en favor del alma, en el alma misma, representada por los ejecutores testamentarios, o considerar -- que el difunto viene a sucederse a si mismo. Realmente no se puede pensar en un derecho cuyo sujeto sea la misma alma del testador, ni la pasada personalidad del difunto. El Derecho español sólo admite como sujetos de derechos a la persona natural o jurídica. El alma no es persona natural y tampoco puede considerársele persona jurídica:

A tenor del artículo 747 del Código Civil existen en el tema que nos ocupa dos clases de administraciones:

1º.- Los albaceas, que pueden realizar su función de dos maneras. En unos casos el testador ha dejado dispuesto con detalle - como ha de hacerse la inversión así, en el supuesto del testamento que motivo la sentencia de 25 de febrero de 1.911 en que ordenaba la instalación de un oratorio, dando todas las circunstancias del mismo, y disponía que los bienes se pusieran en administración durante noventa y nueve años, transcurridos los cuales se vendería en pública subasta, invirtiendo en sufragios el producto, regulándose también la sustitución de los albaceas.

Otras veces, cuando el testador se haya limitado a consignar que deja los bienes en beneficio de su alma, o que instituye heredera a ésta, sin dar más detalles, los albaceas tendrán que acudir al art. 747 que será entonces de aplicación.

Cuando el testador no haya dejado nombrado albacea, limitándose a instituir a su alma por heredera, será procedente el nombramiento de un albacea dativo, en acto de jurisdicción voluntaria, - conforme a lo determinado en la Resolución de la Dirección General - de los Registros de 21 de agosto de 1906, refiriéndose a los casos en que no hay albaceas testamentarios ni legítimos y los herederos testamentarios no pueden, por cualquier causa, ejecutar la voluntad del testador. Estos albaceas dativos están mencionados en el artículo 966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya disposición es aplicable a -- los casos en que falten albaceas testamentarios y legítimos, según resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1899.

La solución será la misma en los casos en que haya ter-

minado el albaceazgo por muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, o por el lapso del término señalado (art. 910 del C.C.), y cuando el albacea no haya aceptado el cargo (art. 911 del C.C.); - aplicándose entonces el mismo razonamiento aducido.

Finalmente el albacea deberá rendir cuentas al Juez, -- puesto que en nuestro caso su cometido no es entregar los bienes a herederos determinados sino más bien "darles la inversión o distribución que el testador dispuso" (art. 907 C.C.). Sin que pueda el testador relevarles de tal obligación de rendir cuentas.

2ª.- Son también administradores el Diocesano y el Gobernador Civil, que deben realizar los objetivos concretos que establece el artículo 747 del Código Civil. Quizás debería preguntarse que puede suceder hoy, cuando el fallecido no sea católico, aunque por analogía pensamos que se entregará la mitada correspondiente a aquella persona que desempeñe un cargo similar al del Diocesano para que puedan practicarse los actos procedentes.

7.5.1.2.1.6.- Administración por adjudicación de bienes a que están llamados varias personas sin designación de nombre.

Su finalidad es conservar los bienes del patrimonio del fallecido a fin de poder ser entregados en su día a los herederos. - Constituye por tanto, una situación intermedia entre las que hemos estudiado para el abintestato y la testamentaria; de ahí que, en primer lugar, haya de estarse a lo dispuesto por el testador y, en su defecto o cuando los bienes se hallaren abandonados por cualquier motivo, el Juez deba adoptar las medidas necesarias para la seguridad, custodia y conservación de dichos bienes, observándose lo dispuesto para la administración de los abintestatos (art. 1124 L.E.C.).

Lo que no obsta para que el Juez deba cuidar de que con la renta se cumplan puntualmente las cargas que sobre los bienes hubiere impuesto al testador (Art. 1125 L.E.C.).

7.5.1.2.1.7.- Administración hereditaria a favor de una persona jurídica no reconocida.

Entre los diversos supuestos hereditarios que originan situaciones de administración del caudal relicto figura el relativo a la institución de heredero a favor de persona jurídica aún no reconocida.

Las personas jurídicas al amparo del art. 38 del Código Civil, son capaces de suceder "mortis causa". Ciertamente las personas jurídicas no herederán por vía legítima, que en la mayor parte de los casos supone vínculos de sangre, sino más bien por vía testamentaria, razón por la que el art. 746 preceptúa sobre buen número de casos concretos: Las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provinciales, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, Unicamente el Estado y los entes a los que por Ley venga a parar el patrimonio de otros disueltos, podrán llamarse sucesores legítimos.

Ahora bien, se pregunta GITRAMA (110), ¿Que capacidad requieren las personas jurídicas para recibir herencias por testamento? Estos entes colectivos constan de dos elementos: uno material, - de hecho o "subtractum" y otro formal. El primero consiste en un grupo de personas o capitales que tienden al logro de un fin, fin que hade ser lícito y al cual se destina un patrimonio. Cuando estos elemen-

tos concurren, aún no se tiene persona jurídica; pero se poseen todos los elementos de hechos necesarios para que la persona jurídica surja. Para que se produzca un sujeto de derechos y obligaciones es necesario el elemento formal, esto es, el reconocimiento de parte del Estado (art. 35 del Código Civil), reconocimiento que no viene a crear la persona jurídica, sino que viene a integrarse con aquellos elementos de hecho, de modo tal que el ente en potencia cobra vida en derecho. Ahora bien, si en el momento de la muerte del de "cuyus" no se encuentran reunidos todos estos elementos, no puede decirse que la persona jurídica exista; de ahí que, por analogía con las personas físicas, podría esbozarse una especie de regla general diciendo con GLITRAMA que las personas jurídicas son capaces de suceder cuando en el momento de la muerte del testador han obtenido el reconocimiento por parte del Estado, regla confirmada por el art. 745 párrafo 2º. Pero lo mismo que tratándose de las personas físicas era preciso reconocer excepciones a los concebidos, también pueden señalarse supuestos de excepción en el caso de las personas jurídicas. De entre ellos el que más nos interesa es el de que a la muerte del testador exista de hecho un ente moral que aún no haya obtenido el oportuno reconocimiento del Estado. Es el caso del testador generoso que lega su patrimonio a un orfanato de tipo privado aún no reconocido como persona jurídica. Ante todo, cabe preguntar: ¿puede esto hacerse?

La cuestión se relaciona estrechamente con la validez de las funciones testamentarias; en ellas el testador pone las bases de un nuevo ente, en tanto que en nuestra hipótesis éstas se hallan ya sentadas y son del agrado del filántropo. Por consiguiente, si las fundaciones testamentarias o instituciones a favor de un ente que aún no ha funcionado prácticamente son incontrovertiblemente válidas, razo-

nes lógicas y jurídicas abogan igual solución para la institución en favor de un ente al que no resta sino laborar sobre su firme base ya constituida.

Esta figura tiene, en realidad indudables connotaciones con la institución de heredero condicional e incluso con la hecha a favor de un "nasciturus", y lo mismo que en estos dos casos, cobra vigor el problema de la administración del caudal hereditario en el tiempo que media entre la muerte del testador y el cumplimiento de la condición, esto es, el nacimiento a la vida jurídica de una nueva persona de este tipo mediante su reconocimiento como tal por el Estado. ¿ Que reglas habrán de regir esta administración? Naturalmente, ante todo habrá que estar a lo previsto por el testador si tuvo el buen acierto de disponerlo; en caso contrario, serán aplicables, por analogía, si el ser colectivo es de derecho público, - habría que estar a las disposiciones legisladas al efecto, Así ocurre en personas jurídicas de este tipo que en espera del reconocimiento estatal, permanecen largo tiempo administradas por los gobernadores civiles de las provincias en que radican los bienes de su patrimonio.

El término de la administración llegará, una vez reconocidas las personas jurídicas, por la aceptación o repudiación que éstas o sus representantes hagan de la herencia. En este punto habrá que estar en ciertos casos a lo prescrito en los artículos 993 y 994 del Código Civil.

7.5.1.2.2. - Administraciones originadas por la actitud del heredero

7.5.1.2.2.1. - Administración por no aceptación o repudiación de la herencia.

La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres (art. 988 C.C.), por lo que la conducta en tal sentido, del heredero, puede afectar a los bienes, debiendo constituirse una administración de los mismos.

El artículo 999 del Código Civil, en relación con la forma expresa y tácita de aceptación, dispone en su último párrafo que "los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero". Resulta de este precepto una clara distinción entre actos de administración provisional y actos de administración definitiva, cuyo ejercicio confiere la cualidad de heredero; pero, a la vez, la equívoca redacción de su texto no permite discernir de modo decisivo si la disyuntiva "o" equipara en todas sus partes - los actos conservatorios con los de administración lo que sería un error, o, si, distinguiendo entre unos y otros, somete a ambos al mismo trato jurídico a los efectos de total contexto del artículo. El hecho es que unos y otros parecen ser considerados en el precepto más que como derechos del heredero en su calidad de tal, como deberes generales de guarda, cuidado y conservación de los bienes -- del causante, que no pueden quedar abandonados. Así resulta que - si se tiene por dudoso, a tenor del art. 440, que los herederos deban administrar provisionalmente la herencia antes de su adición, - el 999 no deja lugar a dudas sobre tal atribución. De él se deduce que los propios herederos pueden asumir tales cometidos; del artículo 902 párrafo 4º, que incumbe también dicha misión a los albaceas con interevención de los herederos; y, en fin de otros preceptos se infiere que en caso de provocarse juicio de testamentaria

o abintestato, o si se solicita el beneficio de inventario, o siempre que sea preciso, se pedirá y nombrará el oportuno administrador; -- así provee la ley en todo caso al cuidado y conservación de los bienes hereditarios.

SANCHEZ SANCHEZ (111) señala que por actos de conservación ha pretendido hacer referencia a aquellos urgentes, sin -- los cuales la totalidad o parte de la herencia correría peligro de perderse; en cambio por actos de administración provisional a los -- que, siendo meramente administrativos si deben a circunstancias que surgen en cada momento, aunque realmente se hace difícil su delimitación.

El legislador ha querido esclarecer en lo posible la materia y dice que se entiende aceptada la herencia: 1º. -- Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos. 2º. -- Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos. -- 3º. -- Cuando la renuncia por precio a favor de todos -- sus coherederos indistintamente; pero si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia (art. 1.000 C.C.). E incluso el hecho de haber sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia hace que se pierda el derecho a repudiarla (art. 1.002 C.C.).

Hay que destacar como la administración, en este supuesto, no corresponde a un extraño sino al heredero por el momento. -- Pero ¿Que sucede una vez que ha renunciado o repudiado la heren-

cia? No dice nada el Código Civil y entendemos, deberán ponerse los bienes a disposición del Juez competente, para que a partir de ese momento, puedan seguirse las normas que corresponda el abintestato o a la testamentaria, según los casos.

7.5.1.2.2.2.- Administración de herencia aceptada a beneficio de inventario.

El supuesto de administración hereditario más ampliamente regulada en el Código Civil es el que hace referencia a la situación de la herencia durante la formación de inventario, base de la aceptación realizada bajo el beneficio de este nombre, y hasta tanto no resulten pagados los acreedores y legatarios. A él se dedican los artículos 1020 y 1026 a 1035, ambos inclusive, que constituyen la principal fuente de donde extraer las normas concretas a que, en general, ha de sujetarse la administración de la herencia.

En el sistema general de adquisición de la herencia "ipso iure" en el mismo momento de la muerte del causante, que informa a nuestro derecho sucesorio, ciertamente no puede decirse que la herencia pendiente de aceptación a beneficio de inventario se encuentre yacente en momento alguno; el heredero lo es desde la apertura y delación sucesoria, ó sea desde la muerte del causante, y realmente es gran favor el que se le hace mediante el citado beneficio; el heredero puede considerarse titular de los bienes hereditarios, y, sin embargo, su propio patrimonio queda al margen de las apetencias de acreedores y legatarios; es decir, que se produce una situación, a juicio de GITRAMA (112) excepcional en nuestro derecho: un sólo propietario para dos patrimonios distintos y separados.

Pero el patrimonio hereditario de tal modo aislado del --

privativo del heredero, no sólo requiere una lógica conservación, - sino que además se halla afecto al pago de las deudas y cargas de - la sucesión; el favor concedido al heredero beneficiario con la me - ra responsabilidad "intra vires hereditatis" no puede, en manera alguna, resultar gravoso para los acreedores del "de cuius", ya -- que la situación de éstos no puede considerarse mejorada con la -- muerte del deudor, al menos es preciso que no se torne agravada; y de parte de los legatarios preciso es reconocer que, si deben di - rigir sus derechos sobre los bienes hereditarios, se interesarán, por lo menos en procurar que la herencia, como prenta general que es de unos y otros (art. 1911 C.C.), no se destruya. Se hace pre - ciso, por consiguiente organizar la administración del patrimonio - del "de cuyu" en la aceptación beneficiaria, aunque sólo sea ante la imperiosa demanda de los intereses de acreedores y legatarios. No otra es la razón del primer parrafo del artículo 1026 del Código Ci - vil, precedido del 1020 del mismo cuerpo legal en sentido análogo. Como bien dice SCAEVOLA (115), la irresponsabilidad que por el beneficio de inventario adquiere el heredero respecto de sus pro - pios bienes, se compensa con las menores facultades que la ley le - confiere respecto a los hereditarios; si el heredero se hallase au - torizado para disponer de los bienes como propios, podría en mu - chas ocasiones burlarse del interés de los acreedores y legatarios, y semejante posible abuso ha de ser evitado por la ley.

Surge así un soble carácter muy marcado en el heredero beneficiario: el del propietario y el de administrador. Se suele decir que el heredero beneficiario administra en interés exclusivo de los - acreedores y legatarios y, por lo tanto, como su mandatario. Otros estiman que el heredero beneficiario es, antes de nada, heredero; - es decir representante del difunto, titular como tal de la propiedad

y posesión de la herencia; siendo propietario administra en su propio interés; no precisa mandato alguno para hacer lo que tiene por sí derecho a hacer.

La verdad, diríamos con GITRAMA esta en el centro. El heredero beneficiario, como dice HEMARD (114), en cuanto heredero es propietario exclusivo de los bienes del difunto, no obstante - las medidas de precaución tomadas para impedir la desaparición de éstos (art. 1024 del C.C.); se halla obligado al pago de los impuestos sucesorios, cometido "intra vires hereditatis" a las exigencias de los acreedores; más desde este punto de vista se halla sujeto a reglas especiales que hacen su situación menos grave que la del heredero aceptante pura y simplemente. Pero, además el heredero beneficiario administra un patrimonio que constituye la garantía exclusiva de los acreedores del difunto; es por lo que CICU (115), expresa la analogía entre la posición del heredero que adquiere a beneficio de inventario y el adquirente de los bienes gravados con garantía real, de ahí también la carga, esto es, la imperativa obligación de administrar que la ley o el Juez le puede imponer. Evidentemente, el heredero, en su cualidad de propietario, no se halla obligado a administrar, y por su calidad de heredero beneficiario por lo que este cometido constituye su primera obligación en interés de los acreedores y legatarios; desde este punto de vista, si se le considera mandatario de dichos derechohabientes, hay que convenir que su mandato reviste un carácter especial; el heredero administra también en su propio interés; de ahí por que no suele ser responsable más que de las faltas graves realizadas en el ejercicio de su gestión. En definitiva, pues resulta que si en el supuesto -- que analizamos se produce el hecho insólito de la dualidad de patrimonios con un mismo titular, considerada la cuestión desde este último punto de vista ocurre el hecho, no menos extraño, de la doble personalidad del heredero en cuanto a uno de aquellos patrimonios, el hereditario de que es titular; el heredero es a la vez pro

pietario y administrador; esto es, representante de difunto y aparente representante de los acreedores y legatarios.

Consecuencia inmediata que se deriva de lo expuesto es - que el heredero beneficiario, en cuanto heredero y propietario, podrá llevar a cabo actos que excedan de la simple administración; dichos actos no podrían ser nulos como si fuesen hechos por un simple administrador puesto que estaban realizados por el propietario de los bienes a que afectase; pero para este hecho la ley establece una sanción: la decadencia del beneficio de inventario. La Ley puede decirse, que ha sido en el interés del heredero beneficiario por lo que ha establecido la distinción de patrimonios; pero ha fijado un contrapeso a esta ventaja en provecho de los acreedores y legatarios, que fácilmente podrían, sino, ser defraudados; ha sido la limitación impuesta al heredero de no extralimitarse en sus actuaciones de los simples actos de administración. Cuando el heredero, no respetando aquella frontera, realiza algún acto que empobrece la herencia administrada, esto es, alguno de los previsto en el art. 1024, pierde el beneficio a que se había acogido y con su aceptación pura y simple asume la responsabilidad "ultra vires hereditatis". No es otra la reparación más adecuada al perjuicio sufrido en tal caso por los acreedores y legatarios, que de este modo encuentran apliada la base de garantía de sus derechos a costa justamente del causante de su restricción.

En nuestro Derecho lo natural es que el heredero cuide de los derechos de la herencia, porque a él le interesan más que a nadie. Pero si no lo hace o no lo puede hacer, conviene dar facultada a los Jueces para proveer a la administración y custodia de -- los bienes hereditarios. De ahí que el artículo 1020 disponga que, -- a instancia de parte interesada, compete al Juez el proveer a la administración y custodia de los bienes hereditarios, de acuerdo con

lo que la ley de Enjuiciamiento Civil prevé para el juicio de testamentaria. Este cuerpo legal otorga preferencia en todo caso, como es sabido (art. 976 y 1069, parr 3º) al cónyuge viudo, y, por lo tanto, éste será preciso entregar la administración, transfiriéndola sólo en su derecho a persona extraña, a juicio del Tribunal. Así se comprende que en la Ley Procesal, a que remite "in fine" el artículo 102º del Código Civil, resulte claramente que tanto puede ser administrador el heredero como un extraño.

Para terminar diremos si cabe la partición de la herencia en el periodo de administración de la misma. En atención a lo tajante de los artículo 1051 y 1052 del Código Civi, optamos con GITREMA por l afirmación, siempre que la partición se haga con el asentimiento o intervención de los interesados en la herencia (art. 403 C.C.) y más concretamente de los acreedores del "de cujus" (art. 1082). La indivisión, ya de suyo antieconómica, según el criterio de nuestro Código, crea singulares dificultades cuando unos coherederos aceptan - la herencia pura y simplemente, y otros, a beneficio de inventario. - Entonces, lógicamente, se percibe con facilidad la indudable utilidad de la partición llevada a cabo durante la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario.

, 7.5.1.3. - Administración de la herencia indivisa.

Desde que fallece el de "cujus", existiendo dos o más personas llamadas a su herencia, surge una comunidad hereditaria; la herencia se convierte en una entidad jurídica con varios titulares, el - patrimonio del finado corresponde a todos ellos a prorrata de la parte

que a cada uno toca en la sucesión, produciéndose así un estado de indivisión que dura desde la muerte del causante hasta que queda ultimada la partición con la adjudicación y entrega a cada heredero de la porción correspondiente. No cabe confusión alguna entre el estado de indivisión hereditaria y el de la herencia yacente; en ésta existe, al menos aparentemente, un patrimonio sin sujeto actual e inmediato, en tanto que el heredero no entra en posesión de los bienes hereditarios y sea retroactivamente considerado como en posesión de los mismos desde la muerte del causante; por el contrario, el estado de indivisión es el que surge cuando los coherederos, varios necesariamente, han adquirido dicha calidad, son perfectamente conocidos, poseen claramente fijados sus derechos hereditarios, esto es, sus respectivas participaciones en la comunidad, persó sin que entre los cuales haya intervenido aún partición alguna, material y general.

Nuestro derecho dice GITRAMA (116) carece de regla singular alguna relativa a la administración de la herencia indivisa. Unicamente parece que el artículo 1063 del Código Civil la da por supuesta al preceptuar que los coherederos deberán abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno percibiera de los bienes hereditarios, los impondas útiles y necesarias hechas en los mismos, así como los daños causados. Resulta, por consiguiente, que al parecer, se sobreentiende que la administración de la herencia indivisa compete a los propios herederos. No existe precepto más claro sobre el particular, y esto no es sino, como ha dicho algún autor, expresión de un principio universal, según el cual la administración de la cosa común pertenece a todos los partícipes reunidos, y por lo tanto la administración será llevada por los proprios coherederos y que en lo posible, tendrá que seguirse las normas que el Código Civil dedica a las comunidad de bienes.

7.5.1.4. - ADMINISTRACION DE LA HERENCIA DE UNA EMPRESA MERCANTIL.

Debiendo tratar nuestra tesis de la administración de los bienes en la herencia no ha parecido bien referirnos a la transmisión hereditaria de la empresa mercantil individual. Y la primera tarea - que se presenta es la de fijar el concepto y significado del término - "empresa", cuya doctrina jurídica es una de las más discutidas a pesar de los numerosos y valiosos trabajos que le han sido dedicados.

Acudiendo a la doctrina, se no señala por POLO que la empresa, vista en su conjunto "no es sólo actividad, no es sólo empresario, no es unión simple de capital y trabajo, no es sólo un gran organismo. Es algo más que todo esto, es una organización con vida propia, distinta a los elementos personales y reales, que une todos los factores de la producción con unidad de destino, para la consecución de un fin común.

Dos problemas fundamentales se plantean en relación con la transmisión mortis causa de la empresa mercantil individual, según viene reconociendo con insistencia la doctrina patria; en primera lugar, afectan a la continuidad de la empresa una vez fallecido su titular y en tanto el llamado a sucederle no se hace cargo de ella aceptando el legado o la herencia.

En segundo lugar, atañe a la conservación de la empresa, - gravemente afectada de división y ende, de desaparición por la con

currencia de una pluralidad de personas titulares de derechos sobre el patrimonio relicto del causante o que deben ser satisfechos con bienes del mismo.

El interés de continuidad en la empresa pueda tutelarse con la previsión del empresario causante, si éste, antes de fallecer, nombra un factor mercantil con las facultades generales que previenen -- los artículos 282 y siguiente del Código de Comercio, si bien siempre limitada a las actividades propias de la empresa o empleando la terminología legalmente consagrada "al giro o tráfico de la empresa".

Se trata de un representante con características, que la separan de todos los demás representantes civiles y mercantiles, " el alterego " del comerciante en frase FELIX DEL GARRIGUES, que hace posible que, fallecido el titular, para la empresa mercantil ocurra como si tal evento no se hubiera producido, manteniendo en todo su virtualidad la dirección y administración de la misma, habida cuenta de que, de acuerdo con el art. 290 del Código de Comercio y a diferencia de lo previsto por el artículo 1732 del Código Civil " Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes.... no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido ".

Respecto a la primera posibilidad, esto es, administración y representación por el albacea, estimándolo dotado de facultades suficientes para todos los actos de gestión empresarial, es cuestión discutida y dudosa en el derecho común español, dada la parquedad de facultades que le atribuyen, particularmente en la regulación del Código Civil.

DIEZ PICAZO responde negativamente por estimar que --

las funciones asignadas a los albaceas en el art. 902 del C.C. son - muy menguadas, pues no alcanzan la dirección de una empresa y, en cualquier caso, son ajenas a la figura del albacea como ejecutor de - la última voluntad del causante.

La respuesta no debe buscarse, sin embargo, en la concreta especificación de facultades contenida en cada ordenamiento, sino en la naturaleza misma del albaceazgo. Tomando esta última en consideración, justamente con las necesidades de adecuar la figura y su - normativa a las exigencias socio-económicas actuales, debe concluirse por afirmar, con base en el art. 902 del C.C. que el albacea se ha lla facultado para administrar y regir la empresa que constituye el todo o parte de los bienes hereditarios.

Esta posición adopta EDUARDO POLO, que trayendo a colación la opinión de ALBADAILEJO se enfrenta con la opinión de DIEZ - PICAZO, y concluye que la herencia es de empresa, puede el albacea administrarla y representarla como si fuera factor de la misma, hasta . el momento de su aceptación por el heredero.

En ausencia del albacea, tampoco existe acuerdo en la doctrina acerca de si el llamado puede regentar la empresa que forma - parte de la misma hasta tanto la acepte o repudie.

Se trata de determinar si la administración de la empresa, - que implica, supone una "pro herede gestio" del llamado de la herencia, y por ende una aceptación tácita de la misma. Tanto DIEZ PICAZO como ROBLES estiman que la gestión de la empresa no implica --- aceptación de la herencia. Por su parte, tampoco POLO parece obje--tar a esta conclusión. Pero considera que en cualquier caso y al mar

gen de este problema debe estimarse que no se halla facultado el llamado a la herencia para administrar la empresa porque éste no actuaría en realidad a título de administrador, ya que no debería rendir cuentas de su gestión, sino de hecho como titular provisional de la misma, produciéndose así de una manera encubierta, una especie de aceptación a prueba de la herencia, cuando el único condicionamiento que admite la aceptación de la herencia es el beneficio de inventario y el término para deliberar, Así según POLQ, debe descartarse la posibilidad de que sea el propio llamado a la herencia quien actúe, interin no acepta, como administrador de la empresa.

Respecto de este punto, en conclusión, aunque con un criterio amplio, bien podría sostenerse que los actos dispositivos sobre bienes de la empresa no constituirían aceptación táctica de la herencia, entre otras cosas por el contenido de la administración mercantil, siempre más amplia que la civil, lo que si parece indudable es que la administración de la empresa, por parte del llamado a la herencia (que en caso de aceptación no debería rendir cuentas a nadie), no -- constituiría por eso mismo un propio supuesto de administración, sino una verdadera aceptación a prueba de la empresa-herencia, totalmente prohibida en nuestro Derecho. Todo ello como esclaro, obliga a concluir que de ningún modo podrá admitirse que el llamado a la herencia pueda actuar como administrador de la empresa relicta.

Por consiguiente, y dentro de la normativa del Código Civil, a falta de albacea nombrado que administre la herencia sólo cabrá la posibilidad de que quien lo haga sea un administrador nombrado judicialmente, para lo que habría de acudir al juicio de testamentaria o abintestato, según los casos. De los artículos 1020 y 1022 de la L. E.C. no cabe sino deducir que ese administrador se hallara amplia-

mente facultado no solo para administrar por sí mismo la empresa, sino incluso para darla en arrendamiento a través de subasta pública o judicial, los establecimientos fabriles industriales o de cualquier clase, lo que en determinados casos puede constituir una muy adecuada solución.

Decíamos que el segundo problema que se plantea se refiere a la conservación de la empresa, gravemente afectada de división y, por ende, de desaparición por la concurrencia de una pluralidad de personas titulares de derechos sobre el patrimonio relicto del causante o que deben ser satisfechos con bienes del mismo. Es decir la explotación de la empresa en comunidad o la división, - adjudicación, venta y liquidación de la empresa.

El primer extremo busca hallar alguna solución a los problemas que plantea el funcionamiento de la empresa, cuya titularidad pertenece en común a varias personas como consecuencia de la sucesión por causa de muerte del empresario.

La situación creada como consecuencia de ello será necesariamente la de una comunidad por cuotas que se regirá por lo prevenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

La exigencia de unanimidad para los actos de administración (art. 398), que es recurrible ante el Juez, suponen serios inconvenientes para un adecuado desenvolvimiento de la empresa; sin embargo no se ve otra solución que acudir al nombramiento de un administrador judicial (al amparo del párrafo tercero del citado artículo -- 398) que la rija hasta el instante de la participación.

Las reglas del Código Civil constituyen un sistema previo de carácter administrativo.

Respecto del tema de la división de la empresa por ejercicio de la "actio comuni dividendo", es evidente que en atención a los artículos 400 y 401 del Código Civil, por tratarse la empresa de una cosa cuya división la haría inservible para el uso a que se destina, la norma del segundo de los citados preceptos constituye un obstáculo in salvable para que aquella pueda ser acordada.

No cabe duda, por tanto, que de acuerdo con nuestro Derecho positivo, y especialmente, con los artículos 404 y 1062, procederá la adjudicación a uno de los herederos, indemnizado éste a los demás en dinero el exceso y, a falta de unanimidad al respecto, la venta de la empresa en pública subasta (117).

7.5.2.- ADMINISTRACIONES INTER VIVOS

Las administraciones patrimoniales, decíamos en este trabajo (ver pág.), se extiende a una masa de bienes que integran la totalidad de un patrimonio, lo que supone la previa desconexión del titular de este, que puede producirse por dos órdenes de causas; por muerte del titular, o por privarse a éste, por causa distinta de la muerte, de la administración de su propio patrimonio, Esta diferenciación da lugar a su vez a la distinción entre administraciones patrimoniales, "mortis causa" e "inter vivos".

Entre las administraciones "inter vivos" vamos a estudiar las siguientes:

- 1º - Administración de los bienes del ausente.
- 2º - Administración de los bienes del hijo y
administración conjunta de ambos conyuges.

- 3ª - Administraciones por insolvencia.
- 4ª - Administración por suspensión de pagos.
- 5ª - Administración por concurso de acreedores y
- 6ª - Administración por quiebra.

7.5.2.1. - Administración de los bienes del ausente.

La Ley de 8 de septiembre de 1939, ha venido a llenar una necesidad indudable al dar una nueva redacción al título VIII, libro I del Código Civil, " Las previsiones que al promulgarse el Código Civil dice el preámbulo de la Ley - se estimaron suficientes para regular las actuaciones jurídicas que en orden a persona y bienes del ausente originaba su desaparición del domicilio, fueron perdiendo eficacia a medida que la facilidad de comunicaciones consiguiente a los nuevos inventos iba imponiendo ritmo cada vez más rápido a la adquisición de noticias y toda suerte de relaciones inherentes a la vida social. Todo ello indicaba la necesidad de reformar el Título VIII, libro I del Código Civil, para adaptarlo a las circunstancias actuales.

Han venido a ser complemento de esta ley: la de 30 de diciembre del mismo año, que modifica los artículos 63 y 2031 al 2047 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fijando las normas sobre competencia y procedimiento que han de observarse en cuantas actuaciones motive el título VIII del libro I del Código Civil; un decreto de la misma fecha, 30 de diciembre, que organiza el Registro Central de Ausentes, previsto por el nuevo artículo 198, y la orden de 16 de diciembre de 1941, mandando transcribir en las inscripciones de nacimiento, en forma de nota marginal, la ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y Reglamento de 14 de noviembre de 1.958, han incor-

porado a este Registro Central de ausentes. En la sección primera, de nacimientos, se han de inscribir, al margen de la inscripción, de nacimiento, la ausencia o fallecimiento (ley, art. 46). Y en la Sección cuarta, de "Tutelas y representaciones legales " se han de hacer constar la representación del ausente y la del defensor del desaparecido (Ley, art. 88 y 89 y Reglamento, arts. 283 y agts.).

Pues bien, el representante del ausente es otra de las figuras jurídicas con las que, dentro de nuestro Derecho, cabe parangonarse al administrador de la herencia. Tanto es así, que autores como COSSIO (118) encuentran una extraordinaria semejanza entre la situación del patrimonio del ausente y la de la herencia en estado yacente. Realmente, dice GITRAMA (119), al representante del ausente corresponde la representación de éste, y, con ella, la protección y administración de sus bienes; su llamamiento puede ser legítimo y judicial, y la ley establece un orden de nombramientos fundado en el presunto mayor interés y devoción de las respectivas personas por la gestión de los bienes del ausente (art. 184 C. C.). Las obligaciones del representante, prevista en el art. 185 del Código Civil comienzan por el inventario y la fianza, y estriban, principalmente, en la conservación, defensa y puesta en producción normal de los bienes del ausente que ha de administrar. Bastan estas analogías para tener idea de la gran afinidad existente entre uno y otro. No obstante, como dice este autor, las diferencias son incontestables, y la principal de ellas, aparte el ámbito de la actuación de cada uno, surge ya con el mero enunciado de su personalidad. Como bien dice el maestro SERRANO (120), las funciones del administrador son de mera gestión, sin representar a nadie, en tanto que la naturaleza del otro es cabalmente la representación del ausente que le da nombre. Por otra parte, los órganos de administración y disposición en la ausencia son dobles: el representante del ausente y el ausente -

mismo, duplicidad que no se da en la administración hereditaria.

Para que puedan ser adoptadas por el Juez las medidas provisionales oportunas se precisa la concurrencia de los siguientes supuestos, que resultan del art. 181, ap. 1º del Código Civil::

1º.- Que haya desaparecido una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias. Observa PUIG PEÑA que esta falta de noticias hay que entenderla, no en el sentido de mera falta inmediata de ellas, sino en el de que haya transcurrido un prudencial lapso de tiempo y se debieran - tener noticias (121).

2º.- Que el desaparecido no haya dejado representación legal o voluntaria con facultades de administración de todos su bienes - (art. 181, en relación con el 183, núm. 1º, ambos del Código Civil).

3º.- Que medie instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal.

4º.- Que exista una necesidad perentoria, ya que, la ley - autoriza la adopción de estas medidas para finalidades concretas y de carácter urgente.

Los efectos con relación a la defensa del ausente y conservación de su patrimonio se reducen en este aspecto de la ausencia - presunta o de hecho a los dos siguientes::

1º.- Nombrar el Juez un defensor que ampare y represente al desaparecido, en juicio o en los negocios que no admitan demora

sin perjuicio grave (art. 181, ap. 1º del Código Civil). La representación de que se trata tiene hoy un ámbito más limitado que en el texto antiguo del Código: este quería que fuese representado el ausente "en todo lo que fuese necesario", mientras que ahora la designación del defensor se hace para un asunto o asuntos determinados.

2º.- Adoptar también el Juez, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias a la conservación del patrimonio del desaparecido.

No es posible - escribe SERRANO (122) que el Juez puede - adoptar para la conservación del patrimonio del ausente, pero podemos citar a manera de ejemplo 1º.- La publicidad de la designación -- por la anotación del nombramiento en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil. 2º.- Excitación del celo del defensor acordándole una remuneración. 3º.- Revocación del defensor nombrado y su sustitución por otro más idóneo.- 4º.- Fianza personal o real. 5º.- Depósito de bienes inmuebles o inversión de dinero, o su ingreso en - cuentas corrientes o cartillas de ahorros. 6º.- División de la cosa - común en que es participe el ausente. 7º.- Inscripción en el Registro - de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos.

En general, conforme al artículo 2031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede el Juez, de oficio, con intervención del Ministerio Fiscal, adoptar cuantas medidas de averiguación e investigación considere procedentes, así como todas las de protección que juzgue útiles al ausente.

La situación jurídica del patrimonio del ausente con anterioridad a la declaración de ausencia no afecta a la titularidad de su patrimonio. El ausente sigue siendo el titular del mismo, no sólo en este período provisional, sino también en el de ausencia declarada. Lo que pasa es que el conjunto de bienes dejados por el ausente, y que

constituyan el objeto actual de su patrimonio en el momento de la desaparición, queda sujeto a determinadas medidas de administración, conservación y tutela que la ley establece en beneficio, no sólo del propio ausente - cuya vida se presume hasta el momento en que se - le suponga fallecido por la declaración de fallecimiento sino también de sus posibles sucesores.

El artículo 183 del Código Civil se refiere a la situación de ausencia legal y establece que "se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia". La declaración judicial será, sin embargo, necesaria para -- que quede constituido todo el aparato de administración y representación del ausente y sus bienes (123).

Los efectos de la declaración de ausencia con relación a la representación del ausente y defensa de su patrimonio, así como la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes, y el cumplimiento de sus obligaciones, salvo motivo grave apreciado por el Juez, a las siguientes personas: 1º. Al conyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho.- 2º.- Al hijo - mayor de edad; si hubiese varios, serán prferidos lo que convivían con el ausente y el mayor al menor. 3º.- El ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea. 4º.- A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor. En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de -- buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio. (art. 184 del Código Civil según: la nueva redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981).

Las obligaciones del representante son: 1ª. - Inventariar los

bienes muebles y describir los inmuebles.- 2º.0 Prestar la garantía que el Juez prudencialmente fije; estando exentos de este deber el -- cónyuge, hijos y ascendientes.0 3º.- Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles; y 4º.- Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley de Enjuiciamiento civil (apartado 1º del art. 185 del Código Civil).

Estas normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preferidas a la jurisdicción voluntaria, contenidas en los artículos 2031^a a 2047 son relativamente nuevas, pues la regulación legal del estado de ausencia ha sido profundamente modificada por la Ley de ocho de septiembre de 1939, como dijimos al principio; que ha dado nueva redacción al título VIII del libro primero del Código Civil. La Ley de 30 de diciembre de 1939 adaptó a la nueva redacción la nueva redacción las disposiciones correlativas a esta Ley.

El representante que no sea conyuge, hijo o ascendiente -- se le señala la fianza que haya de constituir, así como su cuantía y se le previene que rinda cuentas trimestrales al Juzgado, pudiendo ser relevado de su cargo y nombrado otro en sustitución, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar: el Juez fijará prudencialmente la cuantía a que pueden ascender los gastos de administración que es lícito ejecutar por el representante sin necesidad de licencia judicial (124).

Por otro parte, diremos que el Juez ha de remitir al Registro Central de ausentes todos los testimonios necesarios para hacer constar en el lo que previene el artículo 198 del Código Civil.

7.5.2.2.- Administración de los bienes de los hijos y administración conjunta de ambos conyuges.

Los padres administraran los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptua de la administración paterna:

1º.- Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

2º.- Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante, y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado.

3º.- Los de los hijos adoptados en forma simple, cuando así lo hubiese acordado el Juez que hubiese aprobado la adopción.

4º.- Los que el hijo de dieciseis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella (art. 164 del Código Civil según la nue

vas redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1.981).

En base a la nueva instauración del deber de los hijos de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras covivan (art.165) con el perfil pasivo de su rebustecida personalidad, se monta un sistema actualizado del contenido patrimonial de la patria potestad: de la general, administración por los padres del patrimonio personal de los menores se exceptúan los bienes adquiridos gratuitamente por el hijo -- cuando así lo dispuso el atribuyente, o de los mrecibidos por sucesión en que el padre -- heredero del causante -- hubiera sido desheredado, o bien los bienes adquiridos por el hijo por su propio trabajo o industria. El usufructo de todos lo bienes del hijo siempre pertenecerá al mismo, sin perjuicio de que de esos frutos o ganancias se destine la parte adecuada para contribuir a las cargas de la familia. En cuanto a los actos dispositivos sobre el patrimonio de los hijos, engeneral, precisaron la autorización judicial correspondiente, al igual que para repudiar una herencia o legado a favor del menor.

Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los -- hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que le -- fuesen ofrecidas. Si el Juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia se entendera hecha, en todo caso, a beneficio de

inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciseis años y consintiere en documento público, no para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros (art. 166 del Código Civil, según la nueva redacción).

Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador (art. 167 del Código Civil, según la nueva redacción).

Y por último al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribiera a los tres años. En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos.

No queremos terminar este tema sin dedicar unas líneas a la actuación conjunta de los cónyuges en los casos en que los actos de administración o disposición precisen el consentimiento de ambos cónyuges, de tal forma que, omitido uno, el acto podrá ser impugnado - si es que antes no se confirmó - precisamente por el conyuge no actuante o sus herederos y además son nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales caso, el consentimiento del otro cónyuge (art. 1323 del Código según la nueva redacción).

A partir de ahora la administración conjunta de los bienes y dinero del matrimonio, será preciso que siempre consienta la esposa para que los actos de esa administración sean válidos. ¿ Pero en el caso de que el marido por su actividad profesional deba extender cheques bancarios disponiendo de dinero común puede el banco exigir -- que los talones sean firmados por ambos? ¿Es posible esto?

A juicio de MARTINEZ CACERRADA (125) la materia, por su generalidad y frecuencia, es muy interesante y puede, en efecto plantear dificultades en gran parte de los matrimonios, si se quiere aplicar con rigor literal, la reforma, lo que conllevaría casi a desnaturalizarla en ese terreno, porque es verdad que con la nueva legalidad se implanta en nuestro Derecho los principios de actuación conjunta tanto para administrar como para disponer de los bienes de la sociedad de gananciales. En lo relativo a la disponibilidad de numerario de los depósitos de cuenta corriente bancaria, no creemos exista ese riesgo de que alguna entidad pretenda que para lo sucesivo -- los talones estén firmados por ambos conyuges, sobre todo si se mantiene la formula de que esas cuentas habitualmente se abren a favor de ambos "conjuntamente o indistintamente". Además cabría encontrar la corrección de esa disposición de fondos por el marido siguiendo la costumbre precedente en el juego del artículo 1319 del Código Civil al tratarse de "actos examinados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado" y que son a cargo preferentemente de los bienes comunes -- dinero ganancial -- aparte de que, según el artículo 1382 del Código Civil, se faculta al conyuge que lo venga haciendo -- " de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia" -- " para tomar como anticipo el numerario ganancial ganancial que le sea necesario" para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes. Otra cosa, en fin,

sería cuando se dispusieran de grandes sumas de dinero común para aplicarlas a finalidades privativas, que requeriría, en su caso, no sólo el conocimiento del otro cónyuge, sino también su consentimiento, con el peligro si éste no existe de su impugnabilidad.

7.5.2.3. - Administraciones por insolvencia.

Cabe distinguir según la insolvencia sea o no de comerciante, y tenga carácter provisional o definitivo.

7.5.2.3.1. - Administración por suspensión de pagos.

Cuando se sigue un expediente de suspensión de pagos, por encontrarse un comerciante o una entidad mercantil en insolvencia -- provisional o definitiva; es necesario proveer al cuidado de los bienes en beneficio de los acreedores e incluso del mismo comerciante.

La administración y gerencia de los negocios sigue siendo -- desempeñada por el suspenso hasta que la propuesta de convenio obtenga la aprobación de los acreedores, pero con las limitaciones que, en cada caso, fije el Juzgado, previo informe especial que sobre este punto emitirán los interventores, pudiendo tomarse las medidas precautorias y de seguridad convenientes y llegar hasta la suspensión y sustitución de comerciante, Gerente o Consejo de Administración.

El Interventor de la suspensión de pagos se puede definir, según FENECH (126) como aquellas personas capaces procesalmente

que de modo preceptivo habrá de designar el Juez que conozca de un proceso concreto de suspensión de pagos y que, con carácter -- obligatorio y retribuído, asumen la carga de asistir al Juez, fiscalizar las operaciones mercvantiles del suspenso y tutelar los intereses de las partes materiales.

Nos econtramos, pues, ante otro órgano de colaboración -- del Tribunal, institución paralela a la del Comisario de la quiebra, que estudiaremos en el capítulo siguiente. Las diferencias entre uno y otro vienen determinadas por dos factores: en primer termino, -- por las características de cada uno ~~de~~ estos procedimientos, ya que mientras en la quiebra se priva al quebrado de la administración de su patrimonio mercantil, en la suspensión de pagos el suspenso conserva la administración y gerencia de su patrimonio mercantil, continúa al frente de la empresa mercantil de la que era titujlar (artícu- lo 6 de la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922); por ello, como se ha dicho acertadamente, mientras en la quiebra es necesario proveer a la administración de un patrimonio que se ha quedado sin gestor, en la suspensión de pagos basta con establecer una -- inspección sobre la actividad comercial del deudor para impedirle que emprenda operaciones arriesgadas o dilapide sus bienes en perjui-- cio de sus acreedores; de otra parte, hay que tener en cuenta que -- la Ley de Suspensión de Pagos (prescindiendo del motivo concreto -- que determinó su promulgación), tiene la ventaja sobre la que regula la institución del Comisario una mayor precisión y tecnicismo debidas, entre otras causas, a los progresos de la técnica jurídica en los casi cien años que separan una de otras.

Los interventores de la suspensión de pagos tienen el carácter procesal de colaboradores del Tribunal (127) y en manera alguna

el de partes, acentuándose aún más el carácter público (procesal) - de éstos por el carácter obligatorio de su cargo (artículo 4º de la Ley de suspensión de Pagos) y por su retribución fijados por el -- Juez (art. 7 de la Ley de Suspensión de Pagos).

Este carácter colaborador del representante del órgano jurisdiccional viene afirmado por la jurisprudencia que establece de manera clara y terminante que los Interventores, en la suspensión de pagos no tiene la condición de representantes de los acreedores, -- porque esta tesis va en contra de las normas que regulan su nombramiento y condicionan su actuación y, así su designación es obra del Juez exclusivamente, sin intervención de los acreedores ni del suspenso; sus funciones de información y fiscalización son, en cierto modo, auxiliares de las que el Juez está llamado a cumplir y aun las de carácter representativo, para defender el patrimonio de la masa, más están concebidas en contemplación de un abstracto interés comercial, que en el interés peculiar del suspenso y de sus acreedores, y el ejercicio de todas esas funciones, está matizado por el interés público al que los Interventores sirven en primer término (sentencia 8 noviembre de 1941).

Por el contrario GARRIGUES (128) sostiene la tesis de que el Interventor es un verdadero representante de los acreedores, al que por serlo afectan cuantas decisiones adopten estos y cuya posición en el proceso no puede decirse legitimada por la defensa del interés público, misión que exclusivamente incumbe al Ministerio Fiscal. Sus funciones de información y fiscalización son en cierto modo auxiliares de las que el Juez está llamado a cumplir y aun incluso las de carácter representativo para defender el patrimonio de la masa están concebidas en contemplación de un abstracto interés comercial y no en interés peculiar del suspenso y sus acreedores.

Nosotros, siguiendo a FENECH, creemos en el carácter - de colaborador del representante del órgano jurisdiccional y que se afirma mucho más si tenemos en cuenta que su función cesa automáticamente con la aprobación del convenio que pone término al proceso por suspensión de pagos (artículos 151 de la Ley de Suspensión de Pagos), ya que el ulterior nombramiento o confirmación de los interventores por la junta de acreedores que aprobó el convenio no -- prorroga sus funciones de colaboradores del Tribunal, que carece de intervención en un proceso concluso, lo que, por otra parte, extingue la legitimación procesal de los interventores nombrados para un proceso concreto, sino que el hecho de que el nombramiento de Interventores particulares de los acreedores recaiga en personas distintas - hay que contemplarlo como un negocio jurídico de carácter material y regulado por este derecho, que no interesa de manera directa a nues- tro estudio, ni influye en manera alguna sobre el carácter procesal - de los Interventores nombrados por el Juez para que ejerzan sus funciones, mientras pende el proceso por suspensión de pagos.

Es terminante la disposición de la ley que no sólo impone el cese de los Interventores cuando el convenio adquiere firmeza, sino que atribuye en su momento, a los acreedores y no al Juez, la facultad de mantenerlos y aún de sustituirlos por otros que, en interés de la masa, ejerciten las acciones procedentes. (sentencia de 8 de noviembre de 1.941)

Por otra parte, también aquí, como en la quiebra, se esta-- blece que, mientras no comiencen los Interventores a desempeñar su - cargo, ejercerá la intefvención el Juez (artículo 43- i. F. de la Ley de Suspensión de Pagos), lo que confirma con otro argumento más, por la fugibilidad de la función, el carácter de colaborador del organo jurisdiccional y no de parte de los Interventores de la suspensión de pagos.

Dado que la Ley exige la actuación conjunta de varios Interventores como norma general en cada proceso por suspensión de pagos, en el estudio de la capacidad procesal hemos de distinguir dos problemas; el de los presupuesto de la capacidad de cada uno de -- los Interventores y el de si el número exigido por la Ley constituye a su vez un presupuesto de capacidad cuantitativa. La solución negativa que necesariamente hemos de dar con FENECH a este problema exige su tratamiento previo para despejar una incognita en nuestro estudio.

En efecto, si bien la Ley exige que los Interventores nombrados sean tres (artículo 42 de la Ley de Suspensión de Pagos), no quiere decir con ello que constituyan un órgano colegiado, para -- cuya correcta actuación procesal sea preciso la concreción en una declaración única de las plurales voluntades, que preceptiva cuando se trate de órganos de aquella especie, sino que por el contrario -- la actuación de cada uno de los interventores es independiente funcionalmente y está subordinada su validez a la actuación de los demás reconociéndolo así la propia ley, al establecer que los interventores comenzarán a ejercer su función, a ser posible, el mismo día de su designación, y, si hubiera dificultad para la posesión del tercero, entrará en funciones los otros dos (artículo 43 Ley de Suspensión -- de pagos).

Además, si alguno de los Interventores desistiese del parecer de sus compañeros, prevaleciera la opinión de la mayoría, y si -- por la naturaleza de la decisión no se produjese éste, resolverá el -- Juez (artículo 64 de la Ley de Suspensión de Pagos).

Por otra parte, si por la poca importancia o naturaleza de

la suspensión el Juez lo creyera conveniente, podrá designar un sólo Interventor (artículo 46 de la Ley de Suspensión de Pagos).

Para que una persona pueda ser nombrada Interventor en un proceso por suspensión de pagos, es necesario que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, es decir, que concurra, en la misma la plenitud jurídica de los capaces, según el Derecho privado material: mayoría de edad, sanidad mental y ausencia de cualquier impedimento físico o jurídico para el libre ejercicio de sus derechos civiles.

Son presupuestos específicos de la capacidad procesal de los Interventores, en el proceso por suspensión de pagos, aquellas circunstancias que deben concurrir además en la persona y que condicionan su aptitud legal para desempeñar el cargo.

Salvo cuando se trata de empresas dedicadas al ramo mercantil de seguro, la aptitud para ser designado Interventor exige que concurren en dos de los designados la calidad de perito mercantil o práctico de los que figuren en las listas que con este objeto deben remitir anualmente al Juzgado (o al Decanato, si hubiera varios en la localidad respectiva) las Cámaras de Comercio, las de Industria y las representaciones de la Asociación de la Banca. Para hacer la designación se dará preferencia a la lista remitida por la entidad a que esté asociado el deudor por la especialidad de su negocio. El tercer Interventor será un acreedor designado por el Juez entre los que figuren en el primer tercio, por orden de créditos, de la lista presentada al solicitar la declaración de la suspensión (artículo 42 de la Ley de Suspensión de Pagos).

Cuando la empresa que se halle en estado de suspensión de -

pagos se dedique al ramo mercantil de seguros o reaseguros, se requiere que dos de los Interventores (que en las otras empresas han de ser peritos mercantiles o prácticos ()) sean funcionarios del Cuerpo Técnico de Inspección de Seguros, designados por la Dirección General de Seguros, a petición del Juez competente (artículo 4, Real Decreto de 10 de noviembre de 1924, confirmado por Decreto de 31 de mayo, Ley de 30 de diciembre de 1931).

Cuando la empresa mercantil que se halle en estado de suspensión de pagos sea una entidad menor (en el sentido de que su patrimonio mercantil sea reducido) a juicio del Juez competente) y el Juez creyera conveniente hacer uso de la autorización que el concede la Ley de nombrar un solo Interventor, el nombramiento deberá recaer precisamente en un acreedor del suspenso (artículo 46 de la Ley de

Suspensión de Pagos), siendo este carácter, por tanto, el único -- presupuesto específico de su capacidad procesal.

El estudio de la legitimación procesal de los Interventores en el proceso por suspensión de pagos comprende, como sabemos, el de sus presupuesto y el de su título.

Tres son los presupuesto que se exigen para la legitimación procesal de los Interventores, a saber : idoneidad, nombramiento y -- juramento.

Aunque no previsto expresamente en la Ley como ocurre con el Comisario de la quiebra, no cabe duda que se exige además de que el Interventor tenga la idoneidad necesaria, esto es, que sea capaz -- procesalmente, que reúna determinadas circunstancias que lo hacen -- especialmente apto para el cargo. El Juez nombrará de entre los incluidos en las listas a que se hizo referencia el que considere que -- mejores condiciones tenga para el desempeño de su misión el proceso

concreto de que se trate, evitando que una misma persona sea Interventor en más de un proceso por suspensión de pagos, que daría lugar a un "profesionalismo" incompatible con la función que la Ley encomienda al Interventor, del que espera una intervención real y efectiva y no un pretexto para detener un cómodo "modus vivendi" a costa del patrimonio que debe tutelar. En evitación de posibles abusos, se ha ordenado que merecerá especial atención de los Fiscales el nombramiento de Interventores, para que no suceda que venga a parar el ejercicio de las facultades que a los mismo se concede, siempre a peritos mercantiles o prácticos que de plantilla suele haber en cada Juzgado. Para combatir estas prácticas abusivas, coadyuvarán los Fiscales a la impugnación que los acreedores se formule (Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 16 de noviembre 922, 9º).

Es, pues de aplicación a los Interventores lo mismo que al Comisario de la quiebra, puesto que el deudor o sus acreedores podrán impugnar el nombramiento de los Interventores alegando los motivos que justifiquen su impugnación (artículo 44 de la Ley de Suspensión de Pagos) y que no cabe duda que será las circunstancias que constituyan los presupuesto que condicionan la legitimación de sus componentes del Tribunal y que se conocen en la Ley con el nombre, de causas de recusación, si bien éstas ha de ser puestas de relieve por los interesados y no por el nombrado, que no puede abstenerse si no es recusado.

Si el Juez estimase la impugnación - que resolverá de plano y sin ulterior recurso - designará en el mismo proveído el Interventor que deba sustituir al separado, utilizando para ello el mismo procedimiento (artículo 44 de la Ley de Suspensión de Pagos).

El segundo de los presupuesto que condicionan la legítima -

ción procesal de los interventores es el nombramiento judicial. Este nombramiento debe hacerse por el Juez competente en la misma resolución, dictada en forma de providencia, en que tenga por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos. Este nombramiento puede ser inmediato o mediato.

Es inmediato el nombramiento cuando el Juez de Primera Instancia competente asume la responsabilidad de la elección de la persona del designado, lo que ocurre cuando se trata de suspensión de pagos de una empresa mercantil no dedicada al ramo de seguros o reaseguros, cualquiera que sea la importancia o entidad económica de la empresa.

Es mediato el nombramiento de dos de los Interventores cuando se trate de la suspensión de pagos de una empresa mercantil dedicada al ramo de seguros o reaseguros, ya que en este caso el Juez se limita a extender el nombramiento a favor de las personas que para ocupar este cargo designe la Dirección General de Seguros.

El título de la legitimación de cada uno de los interventores está constituido por el oficio que contiene el nombramiento suscrito por el Juez de Primera Instancia competente para conocer del proceso concreto por suspensión de pagos de que se trate, que debe contener la fecha de la resolución en que le nombra y copia de la parte referente al nombramiento, así como las circunstancias que identifican el proceso y la persona designada.

El deber de la actuación procesal de los Interventores se concreta para FENECH en tres problemas: su origen, su ejercicio y su extinción.

El deber de la actuación procesal de los Interventores tiene su origen en el hecho mismo de su nombramiento, por ser obligatoria su aceptación, pero en realidad se adquiere con la prestación del juramento que exige la Ley.

En el mismo día de su designación, a ser posible, prestará juramento en forma el Interventor, designado, para lo cual comparecerá personalmente en el Juzgado y jurará por Dios desempeñar bien y fielmente el cargo para el que ha sido designado en presencia del -- Juez competente y del Secretario judicial, que dará fé del acto. Una vez documentado el acto; entrará inmediatamente a desempeñar sus -- funciones, aun en el caso de que no se hubiere podido designar los demás Interventores (artículo 43 de la Ley de Suspensión de Pagos).

De la prestación del juramento se extenderá en los autos, -- por el Secretario, la correspondiente diligencia, que firmará el Interventor y el fedatario.

Una vez asumida con el juramento la carga de la actuación procesal propia del Interventor, vienen estos obligados a realizar -- las funciones que les concrete la Ley y que ha de realizar personalmente. Estas funciones pueden ser distribuídas en tres tipos de ac--tos; actos de asistencia al Juez competente, actos de fiscalización de la actuación de los demás sujetos que intervienen en le procedimiento y, por último, actos de tutela de los intereses de las partes materiales.

Tienen el carácter de actos de asistencia los siguientes:

1º). -- Informar al Juez de cuanto importante ocurra respec

to al suspenso y a sus negocios para las resoluciones que procedan en defensa o protección de los intereses de los acreedores (artículo 5º, - núm. 3º de la Ley de Suspensión de Pagos).

2º). - Informar al Juez acerca de la procedencia de las recla_maciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante tercero (artículo 5º núm. 4º de la Ley de Suspen_sión de Pagos).

3º). - Seleccionar los acreedores y calificar sus créditos for_mando la lista definitiva (artículo 12, núm. 1º de la Ley de Suspensión de Pagos).

4º). - Informar concretamente sobre las limitaciones que deben fijarse al suspenso en la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios (artículo 6º, núm. 1º de la Ley de Suspensión de Pagos).

5º). - Informar acerca de la exactitud del activo y pasivo del balance, estado de contabilidad del suspenso y certeza o inexactitud de las causas que, según el, hayn originado la suspensión (artículo 8, 1º de la Ley de Suspensión de Pagos).

Son actos de fiscalización los que a continuación se indican:

1º). - Inspeccionar los libros del suspenso y hacer que, des_pues de la nota de presentación (que deber'la poner el Secretario con asistencia de los Interventores a continuación del último asiento), se consigne en ellos, en forma legal, cuantas operaciones se realicen (ar_tículo 5º Numero 1º, en relación con el artículo 3 de la Ley de Suspen_sión de Pagos).

2º).- Intervenir todas las operaciones que el suspenso pueda hacer con arreglo a la Ley, exigiendo que diariamente verifique el ba lance de la Caja (artículo 5, núm. 2 de la Ley de Suspensión de Pagos).

3º).- Intervenir en todo cobro que hubiere de hacer el suspen so, así como cualquier operación de aceptación, endoso o protesto de efectos omerciales (artículo 6 núm. 1º Ley de Suspensión de Pagos).

4º).- Intervenir toda obligación que pretenda contraer el sus penso, la celebración de cualquier contrato y la verificación de todo -- pago (artículo 6 núm. 2º de la Ley de Suspensión de Pagos).

Tienen el carácter predominante de actós de tutela los siguien tes:

1º).- Proponer el ejercicio de las acciones convenientes al in terés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o de cualquier acreedor, pudiendo, mediante autorización del Juez, ajercitarlas por -- sí mismo si así lo demandase el interés de la masa (artículo 5º núm 2º -- de la Ley de Suspensión de Pagos).

No debe confundirse la posibilidad que se establece en este -- precepto legal de que el Interventor esté le gitimado para actuar como -- parte en procesos distintos del de suspensión de pagos, con su calidad de colaborador del órgano jurisdiccional en este proceso especial.

2º).- Ejercitar, por sí, previa autorización del Juez, cuan- do la suspensión sea calificada de insolvencia definitiva, las pretensio- nes de retroacción de los efectos de la suspensión de pagos, impugnado los actos del suspenso en el periodo sospechoso (artículo 21, núm. 2º de la Ley de Suspensión de Pagos, en relación con los artículos 1366

al 1377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La extinción de la carga de la función de los Interventores - no puede distinguirse, como en el caso del comisario de la quiebra, en necesaria y voluntaria, ya que esta última, por ser obligatorio el cargo y no haber, por tanto, renuncia del mismo, no puede producirse.

Las causas de extinción se reducen, pues, a la sobrevenida falta de capacidad o de legitimación, bien por circunstancias que afecten al sujeto mismo, bien por conclusión del proceso al adquirir de fir - meza la aprobación del convenio (artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos y sentencia de 8 de noviembre de 1941).

Paralelamente a la obligatoriedad del cargo establece la Ley el derecho a la retribución de los Interventores en la suspensión de pagos, regulando incluso los límites que pueda y deba alcanzar ésta.

Los Interventores percibirán la retribución que el Juez le - señale, según la importancia del caudal y los trabajos a que de lugar la intervención sin que en ningún caso pueda exceder 100 pesetas díarias (artículo 7 de la Ley de Suspensión de Pagos).

Los funcionarios del Cuerpo Técnico de Inspección de Seguros que desempeñen el cargo de Interventores en las suspensiones de pagos de empresas aseguradoras percibirán una retribución que no - será inferior a la prevista en el Real Decreto que impuso su nombra - miento (artículo 11 Real Decreto de 24 de noviembre de 1922), ni superior a la establecida para los demás Interventores (artículo 6 Real Decreto de 24 de noviembre de 1922).

7.5.2.3.2.- Administración por concurso de acreedores.

En el Derecho español existe dualidad de institutos de Derecho concursal. Concretamente el "concurso" fue antiguamente la única forma del proceso de ejecución general, y cuando más tarde se separa de este el concurso específico de los comerciantes, con el nombre de quiebra, subsisten en el concurso en sentido estricto las notas peculiares de su lejano origen histórico, en particular su iniciación, en la modalidad voluntaria, de la cessio bonorum a los acreedores (art. 1.156, II).

Cuando una persona, pues, no comerciante se encuentra en estado de insolvencia, al no tener suficientes bienes en su patrimonio para satisfacer a todos sus acreedores, deben tomarse las medidas oportunas para impedir que, por actos del propio deudor, de dichos acreedores, o de todos ellos, sufra perjuicio el contenido insuficiente de aquel patrimonio.

El primer efecto que se produce en el deudor es diferente al de la suspensión de pagos, pues desde que se notifique al concursado el auto en que se acceda a la declaración de concurso queda incapacitado para la administración de sus bienes (art. 1161 L.E.C.). Esto queda ampliado en el artículo 1914 del Código Civil al decir que la declaración del concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquier otra que por la ley le corresponda.

Con la declaración de concurso hay que asegurar la conser

vacación de los bienes existentes y de ahí que en el mismo auto en que se haga aquella, deba acordarse:

1º.- El embargo y depósito de todos los bienes del deudor, - la ocupación de sus libros y papeles y la retención de su correspondencia.

2º.-El nombramiento de depositario que se encargue de la - conservación y administración de los bienes ocupados al deudor.

3º.-La acumulación al juicio de concurso de las ejecuciones que haya pendientes contra el concursado en el mismo Juzgado o en - otros, con la excepción de aquellas en que sólo se persigan los bienes hipotecados (art. 1173 L.E.C.).

Este artículo, como vemos, preceptúa que, en el mismo auto en que se haga la declaración de concurso, tiene que verificarse el - nombramiento de Depositario que se encargue de la conservación y administración de los bienes ocupados al deudor; como sus funciones --- principales son las de custodia y cuidado, así se explica el nombre - que se atribuye a este sujeto.

Depositario Administrador, es, pues, la persona nombrada por el Juez, en el mismo auto en que hace la declaración de concurso, con la misión de conservar y administrar los bienes que son ocupados al - deudor.

Per si la determinación del concepto de Depositario Administrador parece fácil, no ocurre lo mismo con la averiguación de su exacta naturaleza jurídica.

De un lado, el Depositario Administrador aparece como formando parte del órgano jurisdiccional, en cuanto que es el órgano jurisdiccional el que espontáneamente lo nombra y en cuanto que las funciones que se le encomiendan son evidentemente funciones oficiales, en interés común del concurso y, por lo tanto, no asimilable fácilmente a la posición de ninguno de los sujetos parciales que en el proceso actúan. Pero, de otro lado, el Depositario Administrador se asemeja más bien a un sujeto parcial del proceso, en atención a sus cualidades personales y a parte de las funciones que también se le atribuyen. Así el Depositario Administrador viene a configurarse como un encargado judicial, esto es, como un auxiliar del órgano jurisdiccional, cuya individualidad se establece caso por caso, al ser designada, en cada proceso concreto, la persona que ha de desempeñarlo, y como un colaborador de la parte, que realiza funciones propias - de estas, sin perjuicio de los anteriores.

Confirman esta doble interpretación los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre nombramiento, significación y derechos y obligaciones fundamentales del Depositario Administrador.

En lo que respecta al nombramiento dice el artículo 1179 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que debe recaer en persona de crédito, responsabilidad y aptitud, sea o no acreedor del concursado; el cargo debe ser aceptado y ocupado previo juramento y prestación de fianza a no ser que el Juez no la hubiere exigido, dándose posesión al Depositario administrador, con entrega del testimonio de su nombramiento, que lleve el "Visto Bueno" del Juez, y notificación a las personas que el propio Depositario Administrador, designe, para que le reconozcan como tal, a tenor de lo que establece el artículo 1180; todo ello demuestra, pues, el carácter oficial del Depositario Administrador (129).

Pero en cuanto a su significación de su carácter jurídico, - la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una fórmula totalmente - satisfactoria respecto a la naturaleza del cargo. El artículo 1181 dice que el Depositario Administrador tendrá " representación del concurso" hasta que los Síndicos tomen posesión de sus cargos. Más la fórmula, a juicio de GUASP, es imperfecta, por cuanto el concurso no es una persona jurídica, de la que se puede ostentar la representación y, por ello, sólo puede entenderse que la expresión "concurso" está aquí metafóricamente tomada, por el conjunto de intereses particulares que en el concurso se debaten, dotado de una personificación artificial lo que acerca al Depositario Administrador a la posición de una parte.

En realidad dentro de las facultades generales que el propio - artículo 1181 atribuye al Depositario Administrador, es donde se encuentran, a la vez los rasgos propios de esta figura, como encargado - judicial y como sujeto que actúa en el proceso en posición de parte. El art. 1181 habla efectivamente, de la custodia, conservación y administración de los bienes del concurso de suerte que no ofrezcan menoscabo, refiriendo así las funciones del Despositario Administrador al encargado de que trata el nº 2 del artículo 1137. Más a continuación - se le da al Despositario Administrador un cometido mucho más activo con relación a la formación de la masa del concurso, tanto de la actividad como de la pasiva en cuanto que debe el Depositario Administra- dor cobrar los créditos que tuviera a su favor el concursado y propones al Juez la enajenación de los bienes muebles que no pueden conservarse. Estas atribuciones escapan, en realidad, por lo menos procesalmente, a las de un simple Depositario Administrador, y en ellas lo que hace el Deposttario Administrador es más bien sustituir a las - partes que más adelante hayan de tener un interés reconocido en la determinación y distribución de la masa del concurso.

Por lo tanto, en cuanto a la naturaleza jurídica del Depositario Administrador resulta lo más acertado ver en él una doble fisonomía. De una parte, es un auténtico encargado judicial que deposita y administra, como en cualquier otra hipótesis de embargo de bienes que así lo exija. De otro lado, es una parte procesal que promueve e impulsa el desenvolvimiento de las actividades que en el concurso deban realizarse, solicitándolo del Juez; ahora bien, esta posición de parte no es la de un representante, como indebidamente afirma la Ley, - sino de un sustituto, pues el Depositario Administrador actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena, es decir, por cuenta de los titulares indeterminados que, en su día, hay que tener derecho a recibir las cantidades que figuran en la masa del concurso.

En esta doble dimensión es fácil trazar el régimen jurídico - general del Depositario Administrador.

Sus funciones como encargado judicial de custodia y cuidado - de los bienes no son mencionadas especialmente, en realidad constituyen una simple aplicación de lo que puede ocurrir en cualquier caso de embargo de bienes.

Por lo que toca al cobro de créditos y a la enajenación de bienes, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 1182 y 1183 obliga a la previa obtención de la venia del Juzgado, que ha de consignarse en los títulos de los mismos créditos o mediante testimonio de la providencia; al seguimiento de las reglas establecidas para la administración de los abintestatos y al depósito de todos los fondos que se recauden y que han de quedar a disposición del Juzgado, aunque se puede dejar, - en poder del Depositario Administrador, la cantidad que se estimen indispensable para cubrir las atenciones del concurso.

Contrapartida de estas funciones, en cuanto deberes que al Depositario administrador incumben, es la remuneración a que tiene derecho. La remuneración asume la forma de dietas, concedidas por el artículo 1148 en proporción a la entidad y circunstancia de los bienes confiados a su custodia, teniendo en cuenta lo que puedan importar los derechos de administración, con el límite máximo de 50 pesetas diarias; pero además de las dietas, al Depositario Administrador se le concede la precepción de un 1/2 por ciento sobre la cobranza de créditos, un 1 por ciento sobre el producto líquido de las ventas que realice y un 5 por 100 sobre los productos líquidos de la administración que procedan de otras causas.

El cargo de depositario Administrador es esencialmente transitorio. Así lo confirma el artículo 1185, que obliga a cesar al Depositario el mismo día en que los Síndicos toman posesión, debiéndose entonces hacer entrega de la Administración y de los bienes y rendir cuentas justificada, en los quince días siguientes, cuenta que, con audiencia de los Síndicos, habrá de ser aprobada, en su caso por el Juez.

El principio los Síndicos pueden definirse como aquellos sujetos que, en un concurso de acreedores, reciben el encargo judicial de conservar y custodiar los bienes y de proveer a su cuidado, y que deben, realizar otras funciones de promoción de los intereses de la quiebra en la medida que legalmente les esté atribuida.

En realidad el concepto de Síndico tiene que basarse en los dos mismos aspectos fundamentales que se vieron con respecto al Depositario Administrador,. DE un lado, el Síndico es un encargado ju-

dicial en cuanto que recibe del órgano jurisdiccional la misión específica de verificar actuaciones que al órgano jurisdiccional corresponden. De otro es un organismo parcial, es decir, que ocupa la posición de parte procesal, aunque no de parte por representación, sino de parte por sustitución, ya que los Síndicos actúan en nombre propio y por cuenta ajena; por cuenta precisamente de los titulares, de momento indeterminados, a los que vayan a parar definitivamente los bienes que forman el concurso o los productos que se obtengan en su realización.

El nombramiento de los Síndicos se difiere, en nuestro derecho positivo, a los acreedores, reunidos en Junta. La primera de las Juntas que se celebran en el procedimiento concursal, es la que tiene por objeto el nombramiento de Síndicos, según establece el artículo 1194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrollan los preceptos siguientes. La Ley obliga a nombrar, en todo concurso, tres Síndicos, precisamente tres, sin que se pueda disminuir ni aumentar este número, salvo el caso de que los acreedores concurrentes a la Junta convengan en nombrar uno o dos Síndicos y hagan la elección precisamente por unanimidad: artículo 1210; pero la elección se atribuye, en todo caso, a los acreedores que acuden a dicha Junta, los cuales proceden a verificarla mediante dos votaciones nominales; una para el primero y segundo Síndico, en la que se eligen los dos que hayan obtenido a su favor la mayor suma de capital, pasivo, cualquiera que sea el número de votantes, y, en caso de empate, a los que hayan obtenido mayor número de votos o a los que elija la suerte, si aun así no se resuelve el empate; otra, para la elección del tercer Síndico, en la que deciden los acreedores que no hayan contribuido con sus votos al nombramientos de los dos primeros y en la que la elección se verifica por mayoría de votantes, resolviéndose cualquier posible igualdad a favor de

la mayor suma de capital, o, en su caso, también mediante suerte; - todo ello según preceptúan los artículos 1211 a 1213 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, no sólo es que la elección de Síndicos procede de los acreedores, sino que ha de recaer precisamente en acreedores. La condición fundamental que el artículo 1215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para el cargo de Síndico es esa cualidad de acreedor que tienen que tener los nombrados. A ella se añade el ser acreedor por derecho propio y no en representación de otro, no tener, ni pretender preferencia y residir en el lugar del juicio, dispensándose la condición de acreedor por derecho propio cuando no los hay de esta clase, así como la de ser acreedor preferente, cualidad sobre la que prevalece, incluso, la de representación de un acreedor común.

En consecuencia, el nombramiento de los Síndicos, tanto por los sujetos de quienes procede, como de los sujetos en quienes recae, podrá suscitar dudas respecto al primer carácter, de encargado judicial - o colaborador judicial en la terminología de FENECH - que los Síndicos verdaderamente tienen. Sin embargo a juicio de GUASP (130) la objeción no es atendible en cuanto puede haber encargados judiciales nombrados por las partes o por alguna de ellas, como ocurre precisamente con el Depositario Administrador en los supuestos de embargo preventivo. Corrobora, por otra parte, el carácter de verdadero encargo judicial que tienen los Síndicos, a este respecto el hecho de que deben aceptar expresamente el cargo, tomar posesión del mismo y jurar desempeñarlo bien y fielmente, según el artículo 1217, el que se den a conocer como tales donde sea necesario y el que se publique su nombramiento por edictos que se fijan en los sitios de costumbre y en los periodicos oficiales donde la Junta hubiera sido nombrada, con prevención expresa de que a los Síndicos se entregue cuanto corresponda el concursado.

El nombramiento de los Síndicos es susceptible de impugnación por parte del deudor o de cualquiera de los acreedores, personados en el juicio, que no hayan asistido a la Junta, o que hayan disentido de la mayoría, protestando en el acto contra la elección. La impugnación ha de presentarse dentro de los tres días siguientes a la celebración de la Junta o, en caso de inasistencia del impugnante, dentro del mismo plazo a contar de la publicación del nombramiento de los Síndicos. Pero puede basarse tan sólo en tres motivos: defecto en los electores, por falta de personalidad o de representación en alguno de los que hayan concurrido decisivamente a formar la mayoría; defecto en los elegidos, por tacha legal -- que obste a la persona nombrada para ejercer el cargo; e infracción de las formas establecidas para la convocatoria, celebración y deliberación de la Junta. La impugnación se sustancia con el Síndico a que se refiere, en piza separada, la cual comienza, a costa del actor con el escrito que éste presente, testimonio del acta de la Junta y demás particulares que el Juez designe; continua con la formalización de la oposición, hecha por el impugnante, en el plazo de cuatro días; y se desarrolla por los trámites establecidos por los incidentes, pero sin suspender el concurso, hasta que recaiga sentencia, apelable en ambos efectos: de acuerdo con lo que disponen sobre la impugnación los artículos 1220 a 1224 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Independientemente de la impugnación, el Síndico puede ser removido de su cargo si es titular de un crédito que no se reconoce ni en todo ni en parte por la Junta o por el Juez o si aduce alguna acción contra el caudal del concurso o se impugna alguno de los acuerdos de las Juntas de acreedores, según lo establecido en el artículo 1225.

Ahora bien en todos los supuesto en que el Síndico haya de ser sustituido por cualquier causa, debe verificarse su reemplazo mediante nueva elección que tenga en cuenta cual es la mayoría del capital o de personas que procedieron a la designación del sustituido, según preceptúa el artículo 1214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; verificandose la segunda elección en la primera Junta que se celebre, ya sea la de reconocimiento o de graduación, o en Junta especial, en sucaso, que el Juez acordará convocar, según prescribe el artículo 1226 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero además, los Síndicos, según establece el artículo -- 1218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus números 2 a 6, conservan y administran los bienes del concurso; aparte de recaudar y cobrar todos los créditos y derechos que le pertenezcan; y pagar las costas del concurso que sean indispensables para su defensa; procurar la liquidación y enajenación de todos los bienes en las condiciones más ventajosas, con las formalidades de derecho; examinar los títulos de créditos y proponer a la Junta de acreedores su reconocimiento y graduación; y promover la convocatoria y celebración de las Juntas, en los casos y para los objetos que lo crean necesario, además de los determinados expresamente por la Ley, facultades éstas que más bien se acercan a las de las partes que no a las de auxiliar o colaborador del órgano judicial.

Contrapartida de esta atribuciones de los Síndicos, es el derecho que tiene a una remuneración que aparece definido en el artículo 1214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La remuneración consiste exencialmente en la percepción de un tanto por ciento sobre -- los productos económicos que se obtengan por su gestión, aparte del abono de gastos con que, además, se les ha de compensar si con -- motivo del desempeño de sus cargas tuvieran que hacer algún viaje.

Tal retribución, que los Síndicos dividirán entre sí por partes iguales, si no convienen lo contrario, consiste en el 1/2 por 100 del valor efectivo de los efectos públicos que realicen; el por 100 del producto líquido de la venta de bienes raíces o créditos o derechos del concurso; el 2 por 100 de la venta de alhajas, muebles, semovientes o frutos que no sean producto de su administración; y el 5 por 100 de los productos líquidos de la administración que no procedan de ninguna de las causas anteriores.

Terminada la actuación de los Síndicos, normalmente por conclusión del concurso, éstos han de rendir una cuenta general justificada, que se une al ramo correspondiente, y se pone de manifiesto, en Secretaría, durante quince días, a disposición del deudor y de los acreedores que no hayan cobrado por completo. Si transcurren los quince días sin hacerse oposición, el Juez aprueba la cuenta y manda dar a los Síndicos el oportuno finiquito. Si la cuenta es impugnada, las reclamaciones se sustancian, con los Síndicos, en el juicio ordinario que por cuantía corresponda, litigando el que promueva el juicio, que debe ir unido bajo la misma dirección a todos los que sostengan una misma causa, a sus expensas y bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio de la eventual condena en costas que pueda acordarse: artículos 1.242 a 1.244 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También debe rendirse cuenta por los Síndicos cuando cesen en su cargo antes de concluir la liquidación del concurso presentándola, en el plazo de quince días, y sometiéndola a examen y aprobación de la primera Junta de acreedores que se celebra, previo informe de los nuevos Síndicos; si no ha de celebrarse ninguna Junta, la aprueba el Juez también con audiencia de los nuevos Síndicos, las posibles oposiciones se sustancian por los trámites de los incidentes, en los que pueden ser parte los acreedores que lo soliciten, inci--

dentes que terminan mediante auto o sentencia apelable en ambos efectos: artículo 1245 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez que los Síndicos entran en posesión de sus cargos el procedimiento del concurso se divide en tres piezas separadas, la primera de las cuales tiene por objeto la Administración del concurso.

Ahora bien, es preciso tener presente el verdadero significado de estas operaciones de administración. Ciertamente, en ellas se verifica por los Síndicos lo que cabe llamar conservación y administración del caudal en sentido general, o sea, la prolongación de las funciones que venía realizando el Depositario Administrador.

Más lo importante de la fase de administración del concurso no es esta actividad de conservación y cuidado del patrimonio del deudor común. Lo verdaderamente esencial y definidor es que, en la administración del concurso, los Síndicos proceden a realizar los bienes del deudor para obtener con esa realización el producto con que ha de satisfacerse a los acreedores verificando los pagos correspondientes. Esta es, desde luego, una actividad administrativa instrumental, a pesar de que en ella se trate de la enajenación de bienes. Pues para el concurso de acreedores, la enajenación no es una operación final, sino que es el medio con el que se realizan los cometidos propios del concurso de acreedores y se facilita su misión última, que es la de pagar los diversos créditos que existen contra el deudor común.

Deben pues estudiarse por separado, en la administración del concurso, las actividades generales de custodia y cuidado y las actividades especiales, propias del concurso mismo, de realización

de los bienes del deudor.

En primer término, los Síndicos se hacen cargo, para su conservación y administración, de todos los bienes embargados al deudor común.

Según el artículo 1228, publicado el nombramiento de los Síndicos, lo cual supone su nombramiento, aceptación, juramento y posesión, se les hace entrega por intentario, de los bienes, efectos y papeles del concurso.

Los depósitos practicados en personas distintas del Depositario Administrador continúan, pues el propio artículo 1228 aclara, en el caso más importante, que puede interpretarse extensivamente, que el dinero continua depositado en el establecimiento destinado al efecto, a disposición del Juez, y que sólo se entrega a los Síndicos el resguardo o resguardos, bajo recibo, que se consigna en la pieza. Pero incluso se puede entregar a los Síndicos el dinero depositado, ya que según el artículo 1230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez puede dejar en su poder la cantidad que estime indispensable para atender a los gastos ordinarios del concurso, mandando sacarla del depósito si fuera necesario, considerándose como gastos ordinarios lo que exijan la conservación y custodia de los bienes, el pago de contribuciones y cargas, los pleitos y demás atenciones ordinarias del concurso.

A consecuencia de esa entrega, los Síndicos asumen la obligación y consiguiente responsabilidad de la conservación y administración, con diligencia, de los bienes del concurso y de procurar que den las rentas, productos o utilidades que corresponda. Las dudas que en este punto puedan plantearse, se deben resolver aplicando las disposiciones establecidas para la administración de los abintestatos, en los artículos 1016 a 1029 como señala el artícu

lo 1029 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero en todo caso, tratándose como se trata de actos reiteradamente definidos por el de recho como de conservación y administración, no será difícil, fijándose en su naturaleza, determinar los poderes y deberes de los Síndicos a su respecto.

Complemento de esta tarea que sobre los Síndicos pesa es su actividad de rendición de cuentas de administración, distintas de las cuentas generales, que comprende las actividades de enajenación de que luego se hablará. Según el artículo 1231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Síndicos han de presentar un estado o cuenta -- de la administración el día último de cada mes, a no ser que el Juez, teniendo en consideración los ingresos del concurso, estime conveniente ampliar este periodo ; estados o cuentas que, según dispone -- el artículo 1232 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, forman un ramo -- separado de la pieza primera, que ha de tenerse en Secretaría, a disposición de los acreedores y del deudor que quieran examinarlos; sin que se devenguen derechos por esta exhibición. Cuando de estas cuentas resulten existencias en metálico que, sin ser necesarias para la obtención del concurso, no hubieran sido depositadas por los -- Síndicos en el establecimiento correspondiente, el Juez los boligará bajo su responsabilidad, a que lo verifiquen.

A tenor de lo que dispone el artículo 1233 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez, por sí o a instancia de los acreedores o del concursado, podrá corregir cualquier abuso que se advierta en la administración del concurso, adoptando cuantas medidas considere necesarias, incluso las de suspender al Síndico o Síndicos que lo hubieren cometido, en cuyo caso, sin admitir recurso alguno, convoca inmediatamente a la Junta de acreedores para que determinen lo que crean más conveniente y, si la Junta confirma la suspensión del Síndico

dico, procede, en el mismo acto, a su reemplazo en la forma establecida, teniéndose en otro caso por alzada la suspensión, aunque siempre sin perjuicio de que se proceda criminalmente cuando a ello hubiere lugar.

Más la actividad fundamental de los Síndicos, en relación con la administración del concurso es, a juicio de GUASP, la que se encuentra, como anteriormente se dijo, en la realización de los bienes del deudor, que es, desde luego, respecto a la totalidad del concurso de acreedores, una operación netamente administrativa o instrumental.

Son los Síndicos, en efecto, los que proceden a esa enajenación, ya que el artículo 1234 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que puestos los Síndicos en posesión de los bienes y efectos -- del concurso, han de proceder a su enajenación en la misma pieza -- primera o en ramos separados de ella.

El objeto de la actividad de enajenación es, naturalmente, el patrimonio embargado del deudor, es decir, la llamada masa activa, sin más que dos excepciones que establece el propio artículo -- 1234 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: los bienes respecto de los -- cuales se halle pendiente tercería de dominio promovida por un tercero, en cuyo caso se esperara a que recaiga sentencia firme, y los inmuebles, que, por hallarse especialmente hipotecados, hayan sido embargados en ejecución no acumulada al concurso, oficiándose en este caso al Juez que conozca del juicio ejecutivo para que ponga a disposición del concurso el sobrante, si lo hubiere, después de pagar al acreedor hipotecario. Independientemente, suspender o aplazar la enajenación de algunos bienes, poniendolo en conocimiento del Juez, el cual accederá a ello si lo estima conveniente, a reserva --

de dar cuenta, en la primera Junta que se celebre, de las causas o motivos que hayan aconsejado la suspensión para que la mayoría de los acreedores, computada del modo que se establece para la quita y espera, o sea dos terceras partes de votantes y tres quintas partes del pasivo, acuerden lo que más convenga a sus intereses: así lo dispone el artículo 1235 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; un caso especial de esta suspensión expresamente previsto es el de la convocatoria de la Junta para tratar de un convenio, la cual, a tenor del artículo 1311 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lleva consigo la suspensión de la pieza primera, en lo relativo a la enajenación de los bienes, hasta que se delibere y acuerde sobre las proposiciones presentadas.

Las actividades de enajenación de los bienes del deudor que los Síndicos han de llevar a cabo se sujeta, en principio, a las reglas establecidas para cualquier ejecución expropiativa. Si se recuerda que el nombre que recobe en nuestro derecho positivo esta ejecución expropiativa es el de vía de apremio, regulada indebidamente como apéndice del juicio ejecutivo, se comprende la remisión legal que a esta vía hace el artículo 1236 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, según este precepto, la enajenación se lleva a efecto con las formalidades establecidas para la venta de cada clase de bienes en la vía de apremio del juicio ejecutivo.

No obstante, existen especialidades en la realización de los bienes del deudor, dentro del concurso de acreedores, que afectan: al sistema de enajenación de los bienes, según su naturaleza; al avalúo o tasación; a la rebaja en las posturas y al otorgamiento de la escritura a favor del rematante.

Por lo que toca al sistema de enajenación, la variante que contiene la Ley es la posibilidad de palicar la subasta a bienes que, en principio, no son subastados, sino adjudicados inmediatamente, - es decir, a créditos, derecho y acciones, pues establece el artículo 1239 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que los créditos, derechos y acciones, cuando son litigiosas, de difícil realización, de vencimiento a largo plazo o necesitados de reclamación en vía judicial, - pueden enajenarse en pública subasta, si, en otro caso, hubiera de dilatarse indefinidamente la terminación del concurso para realizarlos, señalando entonces el Juez, a propuesta de los Síndicos, el medio que estime más adecuado para fijar la cantidad que, como precio de la venta haya de servir de tipo en la subasta.

En cuanto al avalúo o tasación, en el concurso se practica por un perito elegido por el Juez, en la forma que se establece para la prueba pericial, a no ser que, a propuesta de los Síndicos, acuerde el Juez que sean tres los peritos, elegidos del mismo modo, si a juicio lo requiere la importancia de alguna finca, citándose entonces, para el acto de insaculación o sorte, a la representación de los Síndicos y del concursado, previo señalamiento del día y hora, con objeto de que, si en la comparecencia se ponen de acuerdo, se tengan por nombrados lo que se designen y, en otro caso, se haga la elección conforme a la norma general dado lo que establece el artículo 1237 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que toca a la rebaja en las posturas, el artículo - 1238 prescribe que si en la primera subasta no hay alguna admisible, se anuncie segunda, con la rebaja del 25 por 100 de la tasación, pero que si en esta tampoco hubiera postor, se convoque a Junta de acreedores para que estos acuerden la manera en que han de adjudicarse.

carse los bienes no vendidos si no prefieren la tercera subasta, sin sujección a tipo; en el caso de optar por la adjudicación, ésta se verifica por las dos terceras partes del precio que hubiere servido de tipo en la segunda subasta.

Finalmente, en lo que respecta a la consumación de la enajenación, establece el artículo 1240 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que una vez aprobado el remate, los Síndicos han de otorgar la correspondiente escritura a favor del remtante luego que este consigne el precio de la venta, al cual se constituirá en depósito, a disposición del Juzgado, de la materia señalada.

Los Síndicos pueden realizar tambien actos de disposición de los bienes del concurso, que constituyen verdadera administración extraordinaria del mismo.

Expresamente prevé la Ley a este respecto las transacciones que los Síndicos puedan llevar a cabo en pleitos promovidos a favor o en contra del concurso y cualquiera otra cuestión litigiosa en que ésta tenga interés.

Se requiere para ello, a tenor de lo establecido en el artículo 1241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se hay autorizado a los Síndicos para transacción, después de concertada a la aprobación de la primera Junta que se celebre o que se convoque para ello, la cual resolverá por la doble mayoría ya conocida. En ambos casos, los Síndicos han de presentar la transacción, en pieza separada, a la aprobación judicial, sin cuyo requisito no será válida, decidiendo el Juez, previa audiencia del concursado por seis días y sin más trámites, lo que estime conveniente, mediante auto que, ya apruebe

o desapruébe la transacción, será apelable en ambos efectos.

No habría inconveniente, a juicio de GUASP en extender es te régimen jurídico de la transacción a otros actos de disposición que los Síndicos puedan realizar con la misma finalidad administrativa, - v.gr.: pagos, compensaciones, novaciones y así sucesivamente.

Al final del desempeño de su cometido, especialmente en lo que se refiere a la realización de los bienes del deudor, los Síndicos han de presentar la llamada cuenta general.

En efecto, según el artículo 1242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hecho el pago de todos los créditos o de la parte de ellos -- que los bienes del concurso alcancen a cubrir, los Síndicos han de rendir una cuenta general justificada.

Tal cuenta, según el mismo artículo 1.242, se presenta por los Síndicos, se une al ramo de cuentas y se pone de manifiesto en - Secretaría durante quince días a disposición del deudor y de los acreedores que no hayan cobrado por completo.

Transcurridos los quince días sin haberse oposición, el Juez aprueba la cuenta y mada dar a los Síndicos el oportuno finiquito: - artículo 1243 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero si en ese plazo se formulan reclamaciones contra la cuenta, se sustancian con los Síndicos en el juicio ordinario que corresponda por la cuantía, litigando el que reclame a sus expensas y bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio de la condena en -- costas que pueda imponerse, en definitiva, a los Síndicos si fueren vencidos, y unidos bajo una misma dirección todos los que sostengan una misma causa, según el artículo 1244 de la Ley de Enjuiciamiento

to Civil.

La cuenta general es exigible igualmente cuando el Síndico cesa en su cargo antes de concluirse la liquidación del concurso, pues entonces han de rendirla en el plazo de quince días, y se ha de someter, previo informe de los nuevos Síndicos, a examen y aprobación de la primera Junta de acreedores que se celebre, o, en caso de no celebrarse ninguna, el Juez con audiencia de los Síndicos nuevos, sus---tanciándose la oposición, caso de que haya, por los trámites establecidos para los incidentes, pudiendo ser parte los acreedores que lo soliciten y decidiéndose la reclamación mediante auto sentencia, apelable en ambos efectos: artículo 1245 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. 5. 2. 3.3. Administración por quiebra.

Junto a la figura del Comisario de la quiebra, aparece la -- del Administrador judicial que tiene por misión administrar la masa de bienes privados del titular por la declaración de quiebra de éste. -- Designado en la Ley con el nombre de Depositario, halla su regulación legal en los preceptos contenidos en los artículos 1333, 1049, -- 1054, 1056, 1067, y 1082 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tiene -- un carácter efímero e interino, pues su misión sólo tiene efecto hasta el nombramiento de los Síndicos, que son los que en verdad desempeñan las funciones de administradores de la masa de la quiebra mientras pende el proceso.

A estas figuras dedicaremos nuestra atención en el capítulo siguiente al estudiar la pieza de la administración de la quiebra.

NOTAS

- (1). - FENECH, M. - "La administración de bienes en el proceso" Barce
lona 1974 pag. 5 -6.
- (2). - De ahí que como señalan PEREZ Y ALGUER (tratado de ENNECCE
RUS, T- I, Vol II, pag. 37) aunque el código Civil español no formu
le ni presuponga un concepto técnico preciso de disposición y esta
palabra no tenga un significado pleanamente uniforme , cabe definir
la disposición y, por ende, el acto de disposición, como el negocio
jurídico unilateral (art. 667) o bilateral (art. 468, 576, 1. 16º, 1462,
etc) por el cual se trasmite, se grava, se mofican en su contenido
o se extingue un derecho. Vid. También GORLA (gino): Llatlo di --
disposizione dei diritti, Perugia 1936, pag. 6.
- (3). - GITRAMA, M. - La Administración de Herencia en el Derecho espa-
ñol Ed. Rev. Der. Priv. Madrid 1950, pág 10 y 12.
- (4). - La construcción es principalmente debida a la doctrina francesa y -
a ella habia de acudir especialmente el investigador en esta materia.
- (5). - HEMARD (Joseph). - Precis de Droit Civil, 3ª edic. , Paris 1943,
T-I, número 238, pág 100.
- (6). - TRASBOT, A. - L' arte d'administratió en droit privé francais, te
sis Burdeos, 1921, pág 199.
- (7). - CUNHA GONCALVES: Tratado de Direito Civil, Vol. VII, pag.284.
- (8). - AGUILERA DE LA CIERVA, T. - Actos de administración, de dispo
sición y conservación, pag. 41, Madrid 1.974.
- (9). - FENECH, M. - Obra citada. - pag 7.
- (10). - POILANE, cit. por FONCILLAS: El heredero aparente, en "Rev.
Crt. Der. Inmobiliario. - febrero de 1931, pág 88.
- (11). - FERRARA, F., . - atti d'administracione, en "Il Filangierf!" de 1903
pág. 425.
- (12). - PLANIOL Y RIPERT. - Tratado práctico de Derecho civil francés,
trad. esp. Habana 1927., T, I pag. 291 nº 276, citado por GITRAMA
- (13). - GITRAMA, M. - Obra citada: pág 18 y 19
- (14). - AGUILERA DE LA CIERVA, T. - Obra citada. - pág. 108.
- (15). - AUBRY ET RAU. - Cours de droit civil francais d'a prés la méthode
de ZACHARIOS, 6ª edición. Tomo I.
- (16). - Esta formulada por NAST, en su revisión al tomo VIII del Traité --
practique de PLANIOL Y RIPERT.

- (17).- LE BARON, L'acte d'administration en droit civil français, tesis Paris 1916.
- (18).- GOLDSCHMIDT, L'acte d'administration en droit civil français, tesis Paris 1898.
- (19).- TRASBOT, A..- L'acte d'administration en droit privé français, Bordeaux, 1921.
- (20).- GENY, Science et technique en droit privé positif.-Paris 1922.
- (21).- VERDOT, RENE.- La notion d'acte d'administration en droit privé français, Paris 1963.
- (22).- FERRARA.- Obra citada en la nota 11.
- (23).- GITRAMA, M. .- Obra citada pp 11-19.
- (24).-AGUILAR DE LA CIERVA, T.- Obra citada en la nota 8. Esta -- obra es la que hemos seguido fundamentalmente en el desarrollo de esta materia.
- (25).- FERRARA.- Obra citada en la nota 11.
- (26).- MIRAVELL, scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja, vol 3, pp 351 y ss, Barcelona 1953.
- (27).- FENECH, M. .- Obra citada en la nota 1ª pág. 8.
- (28).- Enciclopedia española de Derecho y Administración, de ARRAZOLA; al Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia de - ESCRICHE; La Enciclopedia Jurídica Española de Ed. SEIX y al Diccionario de Administración Española de ALCUBILLAS, entre otros.
- (29).- CABANELLAS, GUILLERMO.- Diccionario de Derecho usual.- -- Buenos Aires, 1979, 12ª edición revisada y actualizada por LUIS ALCALA-ZAMORA.
- (30).- GITRAMA, M. .- Obra citada , pág. 10.
- (31).- ESCRICHE.- Obr. Ct., T- I, voz administración.
- (32).- FENECH, M.- Ob. Ct. pág. 37.
- (33).- GUAITA, A. .- Administración de justicia y Administración judicial. Separata de la Revista de Derecho Privado nº IV. Octubre- Diciembre 1968, pág. 21-22.
- (34).- SANCHEZ SANCHEZ, R. .- Administración de los bienes en el proceso penal, tesis, 1980, pág. 143.

- (35). - Ver pp. 3-5 de este mismo trabajo.
- (36). - Art. 1016 ap. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- (37). - Art. 1181 p. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- (38). - Art. 1181 p. 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- (39). - Arts. 1228 y 1351 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- (40). - Arts. 801, 802 y 803 del Código Civil y 996 y 967 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- (41). - Art. 1098 y 1450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1026 y 1027 del Código Civil.
- (42). - HERCE QUEMADA. - Revista de Derecho Procesal, núm. IV. 1966.
- (43). - ALMAGRO NOSETE, MIGUEL FENECH, PRIETO CASTRO FERRANDIS, Derecho Procesal II pág 53 Universidad Nacional de Educación a Distancia 1978.
- (44). - DE LA PLAZA. - Derecho Procesal Civil español 1945.
- (45). - SERRA DOMINGUEZ y RAMOS MENDEZ. - Las medidas cautelares de l Proceso Civil, Barcelona 1974.
- (46). - SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA. - Compendio de Derecho Civil y penal, Madrid 1966.
- (47). - DE LA PLAZA. - obra cit.
- (48). - FENECH, M. - Derecho Procesal Civil 1979. - AGESA pag. 402 y 403.
- (49). - Ver página 1 y 18 de este mismo trabajo.
- (50). - CALVO TEIXEIRA, M. - La designación del Depositario.
- (51). - FENECH, M. - La Administración de bienes en el proceso: ob. cit. pág. 41.
- (52). - LOPEZ ALARCON, M. - El reembolso y sus problemas, en -- Pretro núm. 32, abril 1955, pág. 7 y 11, citado por JULIO CALVET BOTELLA en Sobre el Depósito de bienes muebles reembargados, pág. 519.

- (53). - CALVO TEIXEIRA, M. - La designación del depositario. Obr. Cit. Revista de Derecho Procesal 1969 p.p. 483-487.
- (54). - FENECH, M. - Derecho Procesal Civil 1979, pg. 404. Ob. -- Cit.
- (55). - HERCE QUEMADA. - El proceso Cautelar (ponencia) pag. 16 ob. cit.
- (56). - SERRA DOMINGUEZ y RAMOS MENDES. - Las medidas cautelares del proceso civil, pp. 58 y ss. - ob. cit.
- (57). - CARRERAS. - El embargo de bienes, Barcelona 1957, pag. 584 ob. cit.
- (58). - TOME PAULE, V. - El secuestro Judicial. - Revista de Derecho Privado 1969, pp. 262 y 263.
- (59). - RAMOS MENDEZ, F. - La anotación preventiva de la demanda pag. 16, Barcelona 1979.
- (60). - SERRA DOMINGUEZ Y RAMOS MENDEZ. - Las medidas cautelares del proceso Civil. - ob. cit.
- (61). - VERGEZ SANCHEZ, M. - La administración judicial de la empresas embargadas, Revista de Derecho Mercantil nº 149, Julio Septiembre 1978.
- (62). - VERGEZ SANCHEZ, M. - La administración judicial de las empresas embargadas, Revista de Derecho Mercantil nº 149, Julio Septiembre 1978.
- (63). - J. ALMAGRO NOSETE. - Discurso sobre los aspectos procesales de la Ley de suspensión de pagos dado en la conmemoración del cincuentenario de esta ley en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
Revista de Derecho Procesal nº 4 años 1972 pág. 1013.
- (64). - MERCEDES VERGEZ SANCHEZ. - La administración judicial - de Empresas embargadas. Ob. cit. pág. 307.
- (65). - BROSETA. - Manual de Derecho Mercantil. - Madrid 1974 pág - 682.
- (66). - Ver tesis doctoral de R. SANCHEZ SANCHEZ. Ob. cit. sobre Administración de los bienes en el proceso penal. - Madrid 1980, pag. 296.

- (67). - H. KOONTZ y C. O' DDONNELL. - Elementos de Administración moderna. - Bogota 1975. - pág. 33 y 34.
- (68). - BLANCO CAMPAÑA. - Régimen jurídico de la contabilidad de los empresario:. - Madrid 1980 pág. 6 y 7.
- (69). - BLANCO CAMPAÑA. - Ob. Citd. pag. 157.
- (70). - AZZOLINA. - Il Fallimento e le altre procedure concursale. - Torino 1961 III. Pag. 1611.
- (71). - VERGEZ SANCHEZ, M. - Ob. cit. pág. 315.
- (72). - SANCHEZ SANCHEZ, R. - Tesis doctoral citada, pág. 302.
- (73). - SERRA DOMINGUEZ Y RAMOS MENDEZ. - Las medida cautelares del Proceso Civil. - ob. cit. p. 225.
- (74). - Ver al respecto CARRERAS. - Las medidas cautelares del art. - 1428 L. E. C. - En FENECH- CARRERAS. Estudio de Derecho Progcesal. - Bar celona 1962 p 681.
- (75). - En el mismo sentido GOMEZ -ORBANEJA - HERCE QUEMADA. - Derecho Procesal Civil. Madrid 1962, pág. 681.
- (76). - PRIETO CASTRO. - Derecho Procesala Civil, Madrid 1964 t-I
- (77). - GUASP. - Derecho Procesal Civil, Madrid 1960 pág 1.368.
- (78). - GUASP. - Derecho Procesal Civil. - ob. ct. pag. 1370
- (79). - GOMEZ ORBANEJA. - Derecho Procesa. - Ob. cit. pág. 681.
- (80). - SERRA DOMINGUEZ Y RAMOS MENDEZ. - Las medida cautelar del proceso civil. - ob. cit. pág. 125.
- (81). - FENECH, M. - La administración de bienes en el proceso civil. Barcelona 1964. ob. cit. pág. 32.
- (82). - Ver SERRA DOMINGUEZ Y RAMOS MENDEZ. - Las medida i-- cautelares del proceso civil. págs. 242 y 243.
- (83). - Ver SERRA DOMINGUEZ y RAMOS M ENDEZ. - Las medidas - cautelares del proceso civil. - Ob. cit. pag. 243 a 245.
- (84). - FENECH, M. - La administración de bienes en el proceso. Ob. cit. pág. 36.

- (85). - GALLEGO MOREL, M. - Medidas cautelares en el Derecho compa
rado, Madrid 1956, pag 57-58.
- (86). - GOMEZ DE LA SERNA. - Motivos de la Ley de 1885 para tratar
de justificar la denominación de juicio ejecutivo.
- (87). - DE LA PLAZA. - Derecho Procesal Civil español. Revista de -
Derecho Privado 1945. Los Principio Fundamentales del proceso
de ejecución, Madrid.
- (88). - Ver Derecho Procesal Civil. - JAIME GUASP, Madrid 1968, To
mo I pág. 418 y 419.
- (89). - CARRERAS. - El embargo de bienes. - ob. cit. pag. 101 y ss.
- (90). - ZANZUCHI. - Diritto processuale civile 1946 pág 30. Carnelutti,
en su Processo di esecuzione, cit. II pág 75 y ss defiende tam--
bién el carácter o finalidad conservativa del embargo, que muestr
a su estrecho parentesco con el secuestro.
- (91). - CARNACINI. - Contributo alla teorfa del pignoramento, 1936, -
pág. 19, Conigicio, Il sequestro giudisiario e conservativo, --
1942, pág. 20.
- (92). - El más caracterfstico es CALAMANDREI. - Introduzione studio
sistemático dei procedimenti cautelari. 1936 pág. 108.
- (93). - CARRERAS. - El embargo de bienes. Ob. cit. pag. 101 y ss.
- (94). - CALAMANDREI. - Ob. cit. pág. 26 y 34 y ss.
- (95). - CARRERAS. - El embargo de bienes. - Ob. cit. pág. 101 y ss.
- (96). - PRIETO-CASTRO, LEONARDO. - Derecho Procesal Civil 1954
II pág. 541 y ss. y distinción entre medidas cautelares y anticip
adas o de previsión).
- (97). - GUASP, JAIME. - Derecho Procesal Civil. Ob. cit. pp 410 y -
42
- (98). - GUASP, JAIME. - Derecho Procesal Civil, T-I, Madrid 1968. -
ob. cit. pp. 465 a 472.
- (99). - Ver este mismo trabajo pág. 466.
- (100). - El pacto inscrito de que se transferirá la administración al a--
creedor al instarse el procedimiento no concede Ipso iure la admi
nistración, sino que sólo faculta para pedirla al Juez, siendo
en consecuencia inscribible la escritura de arrendamiento otorgad
a por el deudor, por no constar que el acreedor haya pedido y
obtenido la administración (resolución de 13 de julio de 1935 recogi
da por MEDINA y MARAÑON en Leyes Civiles de España). 12ª
edición, Madrid 1964.

- (101). - DE LA HERRANZ DE LAS POZAS. - Esquema de legislación y doctrina hipotecaria. ver págs. 277 a 259.
- (102). - FENECH, M. - La administración de bienes en el proceso ob. - cit. pág. 39.
- (103). - GITRAMA, M. - La administración de la herencia en el Derecho español. - ob. cit. pág. 31.
- (104). - Sentencias de 24 de abril de 1903, 29 de octubre de 1904, 2 de febrero de 1915, etc.
- (105). - Notas de PEREZ y ALGUER a la trad. del Tratado de Enneccerus, - T-I vol 1º pág. 331.
- (106). - Resoluciones de 11 de mayo de 1900 y 22 de marzo de 1939 entre otras.
- (107). - Jurisprudencia Civil (publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia"). Madrid 1913, pág. 504 y ss.
- (108). - Jurisprudencia Civil (publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia "). Tomo 215 (Madrid 1935 pág 174 y ss.
- (109). - MALDONADO FDEZ. DEL FARCO., J. - Herencias en favor del alma en el Derecho español, Ed. Revista de Derecho Privado. - Madrid 1944, pag. 211 y ss.
- (110). - GITRAMA, M. - La administración de la herencia en el Derecho español, ob. cit. pág. 55 y ss.
- (111). - SANCHEZ SANCHEZ, RICARDO. - La administración de los bienes en el proceso pena. - tesis ya cit.
- (112). - GITRAMA, M. - Ob. cit. pág. 62 y ss.
- (113). - QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. - Código Civil, comentado y -- concordado. - T. XVII, 5ª edic. pág. 673.
- (114). - HEMARD. - Precis de Droit Civil, T-III, 3ª Edición, Paris -- 1943 pág. 396.
- (115). - CICU. - Sull'istituzione di herede condizionale. - Padua 1937, pág 12.

- (116).- GITRAMA, M.- Ob. cit. pag. 77 y ss.
- (117).- Ver tesis presentada para aspirar al grado de doctor en Derecho por JUAN JORGE BERGOS TEJERO, Barcelona 1975.
- (118).- COSSIO.- El patrimonio del ausente, en Rev. Der. Priv. 1942, pág 368.
- (119).- GITRAMA.- La Administración de la herencia en el Derecho Español.- ob. cit. pág. 152.:
- (120).- SERRANO Y SERRANO.- La ausencia en el Derecho español, Madrid 1943, pág. 155.
- (121).- Introducción, 2ª edic. pág. 280, tratado, T-I, Vol. II pag.151.
- (122).- SERRANO SERRANO.- La usencia en el derecho español, ob. cit. págs. 134 y sig.
- (123).- CASTAN TOBEÑAS, J.- Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo I Vol. II Duodécima Ed. con adicciones de JOSE LUIS DE LOS MOZOS.- Madrid 1978, pág. 314.
- (124).- GUASP., J.- Derecho Procesal Civil.- Instituto de Estudios - Políticos, Madrid 1968, ob. cit. pág. 958.
- (125).- MARTINEZ CALCERRADA, LUIS.- Ver diario "Ya" de 3 de noviembre de 1981 en la sección Tribuna del Derecho de Familia, -- pág. 27.
- (126).- FENECH, M. La Administración de bienes en el proceso, Ob. -- cit. págs. 23 y ss.
- (127).- DE LA PLAZA, M.- Derecho Procesal civil.- T. II, pág 612.
- (128).- GARRIGUES, J.- Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, 1974 pág. 490.
- (129).- Ver. Derecho Procesal Civil de JAIME GUASP. Tomo II, 1968 págs. 248 y ss.
- (130).- GUASP. J.- Derecho Procesal Civil T-II pág. 252 y ss. ob. cit.

CAPITULO 2º

LA PIEZA DE LA ADMINISTRACION DE LA QUIEBRA

1. - NOCIONES GENERALES DE LA QUIEBRA.

La gravedad de la quiebra se comprende al analizar los profundos efectos que produce al ser declarada por el Juez. Todos los sujetos ligados con el deudor quebrado por relaciones jurídico-patrimoniales, y todos los intereses y relaciones con él establecidas se ven profundamente afectados y aun modificados por la quiebra, cuya declaración puede incluso alcanzar gravemente a terceros que ninguna relación directa establecieron con el deudor quebrado. Mas los efectos que la quiebra desencadena afectan especialmente a dos sujetos: al deudor quebrado y a sus acreedores. Al primero puede causarle un mal irreparable. A los segundos puede transformar el contenido y el régimen jurídico de sus derechos de crédito.

Se comprende por ello mismo que sólo debe recurrirse a la declaración en quiebra y especialmente a la posterior ejecución concursal, cuando el deudor se encuentra en una gravísima situación patrimonial (insolvencia definitiva), a consecuencia de la cual puede sufrir la generalidad de sus acreedores. En esta situación es indispensable crear una organización colectiva de defensa de los acreedores, aun cuando ello genere profundas alteraciones y efectos sobre sus derechos, porque así lo exige una equilibrada defensa de los intereses afectados por la insolvencia del deudor. Mas por ello mismo, la declaración en quiebra, creemos con BROSETA (131), parece inadecuada, por excesiva, cuando los acreedores del deudor no ven amenazados sus derechos -- por una situación de insolvencia definitiva, sino que pueden percibir sus respectivas prestaciones por los cauces ejecutivos ordinarios.

La quiebra es, pues, un remedio extraordinariamente grave -

que sólo debería decretarse para resolver la situación de anormalidad en el cumplimiento de las obligaciones del empresario mercantil, cuando éste se encuentra en una excepcional circunstancia.

Mientras esta situación anormal no se produce, es justo - y - económicamente conveniente - dejar en libertad al titular del patrimonio para que lo administre y cumpla sus obligaciones, sea en forma voluntaria, sea en forma coactiva mediante la ejecución judicial. Pero -- las normas comunes de esta ejecución aislada conducen a resultados iniquos cuando el patrimonio del deudor es insuficiente para responder a todas las deudas. El acreedor, provisto de un título ejecutivo (sentencia de condena) o título que lleve aparejada ejecución, previa sentencia de remate), embarga los bienes del deudor que estima suficientes para cubrir su crédito, los vende y se hace pago. La ejecución aislada se realiza en interés del ejecutante, el cual es árbitro del procedimiento (puede iniciarlo, suspenderlo o desistir de él). Los demás acreedores sólo tienen derecho a intervenir como terceristas, promoviendo un juicio de esta clase para demostrar el derecho a ser integrados en sus créditos con preferencia al acreedor ejecutante (artículo. 1532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El previo de la venta de los bienes encargados se destina a pagar el crédito del ejecutante o el del acreedor -- que haya demostrado un derecho preferente, y si concurren varios acreedores de igual derecho, decide la fecha del embargo. El orden de prioridad en este determina la prioridad en el pago. Si el crédito del primer embargante agota el precio de venta los restantes acreedores no cobrarán nada. En cualquier caso la satisfacción es desigual. Por esta razón el procedimiento de las ejecuciones aisladas significa necesariamente, para algunos acreedores, la imposibilidad de cobrar, mientras otros -- los más astutos, o veloces o audaces, o próximos en el afecto del deudor común, a juicio de GARRIGUES (132) -- perciben íntegramente sus créditos. Por eso, para este autor una exigencia de justicia, que ar-

moniza perfectamente con la naturaleza social del Derecho, impone en los casos de quiebra económica una organización de defensa de los --- acreedores como colectividad. Al estímulo individual y egoísta de la ejecución aislada, que premia al que llega primero, se opone entonces un principio de equidad: el principio de que el régimen del azar o del favor debe ser sustituido por el de la comunidad de pérdidas y el tratamiento igual para todos los acreedores, cuando el patrimonio del deu dor no basta a satisfacerlos íntegramente.

2. - CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA QUIEBRA.

Expuestas las precedente ideas, de carácter general, entramos ya al estudio del concepto de la quiebra.

Con este nombre se entiende, en su acepción gramatical, según el Diccionario de nuestra lengua, la rotura o abertura de una cosa por alguna parte, así como su pérdida o menoscabo; y ampliando esta - significación al comercio, dice el mismo Diccionario, que entre los comerciantes es quiebra la acción o efectos de quebrar, suspendiendo su giro o tráfico, sin pagar corrientemente sus obligaciones.

En este aspecto económico significa el fracaso, por cualquier causa posible, de un empresario en la gestión y resultados de su negocio. El aspecto jurídico es contemplado por el Código de Comercio, cuando dice que " se considera en estado de quiebra el comerciante que sobre see en el pago corrientes de sus obligaciones " (art. 874). Para ALMA GRO NOSETE, FENECH y PRIETO CASTRO (133) es una fórmula poco afortunada con la que se quiere decir que el comerciante ha cesado en el cumplimiento regular de sus obligaciones (porque las obligaciones se

cumplen o se incumplen, pero no se pagan o se impagan.

Para GUASP (134) se entiende por quiebra aquel proceso de ejecución general que tiene por objeto repartir el patrimonio de un deudor comerciante entre dos diversos acreedores.

El concepto de quiebra se obtiene, pues a base de la concurrencia de las siguiente notas explicativas:

a).- La quiebra es, un primer lugar, un proceso.

Basta para defender esta tesis la observación elemental de - que en toda quiebra interviene un órgano jurisdiccional que actúa en cuanto tal pues la correlación existente entre función jurisdiccional y función procesal obliga a entender que esa actuación del órgano de la Jurisdicción sólo puede explicarse sobre la base de que la quiebra es un auténtico proceso.

b).- La quiebra es, pues, un proceso, pero un proceso de ejecución y no un proceso de cognición, ya que, igual que ocurre en el concurso de acreedores, en la quiebra tiende a obtenerse no una de--claración de voluntad del órgano jurisdiccional, sino una manifestación de voluntad, es decir, una operación física, cuya determinación vemos a continuación.

c) La tercera de las notas que definen a la quiebra, y que arranca precisamente de su calidad de proceso de ejecución, es la que se fija en el significado de la conducta física que en ella se reclama - del órgano jurisdiccional.

No se trata ahora, en efecto, de una ejecución voluntaria, es decir, de una ejecución expropiativa, que persigue la simple entrega de una cantidad de dinero,. Se trata de una ejecución extraordinaria, es decir,

de una ejecución en la que la entrega de la cantidad de dinero es de tal modo organizada y compleja que rebasa el módulo normal de la ejecución expropiativa.

Lo que revela el examen de la finalidad de la quiebra es, precisamente, que en ella se satisface, a los ejecutantes, cuando el órgano jurisdiccional procede a hacer, no ya la simple entrega de cantidades de dinero, sin el reparto de todo un patrimonio entre una pluralidad, - mejor podría decirse una totalidad de acreedores.

La naturaleza de la quiebra se deduce sin dificultad del conjunto de las notas definidoras que han sido expuestas como integrantes del concepto de esta especie procesal.

En efecto, se obtiene la verdadera naturaleza de la quiebra - fijándose, si más, en que es un proceso auténtico, de ejecución y no de cognición, y de ejecución general, singularizado por la tendencia - al reparto del patrimonio de un deudor comerciante entre sus distintos acreedores.

En nuestro derecho la E de m. del Código de Comercio señala que la materia relativa a " trámites y procedimientos para obtener la declaración de quiebra y demás resultados consiguientes" queda reservada a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así la rúbrica del título XIII del libro II de esta ley es " Orden de proceder en las quiebras", designación que como acertadamente dice GUASP es insuficiente en cuanto que no es el simple orden de proceder lo único que a la Ley procesal puede interesarle de una quiebra; ahora bien, aparte del pasaje específico dedicado en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las quiebras, tienen que tenerse también en cuenta como normas supletorias las disposiciones establecidas para el concurso de acreedores, pues este carácter de - normas supletorias, para las quiebras, de las disposiciones del concur

so se declara expresamente.

Los artículos 1318 a 1320 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - establecen otras fuentes de la quiebra en Derecho positivo español, así el artículo 1318 sujeta a todos los comerciantes, estén o no inscritos, a las disposiciones que, para las quiebras, se contienen en el Código de Comercio y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que puedan someterse a las ordenanzas para el concurso de acreedores, prohibición que incluso los Jueces han de vigilar de oficio; el artículo 1319 establece - el carácter supletorio de las normas sobre concurso de acreedores, con respecto al Código de Comercio y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el pasaje de quiebras; y, por último, el artículo 1320 respecta las singularidades establecidas por leyes especiales, entre las que se mencionan la de 12 de noviembre de 1896, a las que hay que añadir las de 19 de septiembre de 1897, 9 de abril de 1.904 y 2 de enero de 1915 sobre compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas.

Sea cual sea, no obstante, la proliferación a que lleguen las fuentes de la quiebra, creemos con GUASP, que su naturaleza es única y precisamente procesal.

Cuando la cesación en el cumplimiento de las obligaciones ocurre se desencadenan varios efectos: sobre el deudor quebrado, sobre los acreedores, sobre los créditos y sobre el patrimonio del deudor.

3.- EFFECTOS DE LA QUIEBRA

3.1.- Efectos de la quiebra sobre el deudor quebrado

Los más enérgicos efectos los sufre el empresario declarado - en quiebra, por se el sujeto jurídicamente responsable de la grave situación creada en perjuicio de sus acreedores.

Más los efectos que sobre el provoca son de distinta naturaleza: personales y patrimoniales, dirigidos ambos fundamentalmente a obtener la inalterabilidad de su patrimonio y a adscribirlo a la garantía de -- sus acreedores; y registrales, dirigidos a hacer pública la situación del quebrado con el fin de que sea conocida por los interesados y de impedir que aquel pueda seguir defraudando al crédito ajeno.

3. 1. 1. - Efectos personales y patrimoniales.

Desde las Ordenanzas de Bilbao se trata al quebrado con una - especial severidad. Entre los múltiples efectos que la manifiestan puede decretarse el arresto del quebrado como medida cautelar (art. 1335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); se le retiene la correspondencia art. - 1338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; queda inhabilitado para la administración de sus bienes, siendo nulo, "ipso iure" todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan - los efectos de su quiebra. (art. 878 del Código de Comercio); Nulidad que afectan a todos los actos de dominio y administración realizados - por el quebrado desde la fecha a la que el Juez retrotrae la insolvencia del deudor, durante todo el proceso, y se prolonga hasta que el que--brado sea rehabilitado. Con esta enérgica declaración el legislador - pretende, a juicio de BROSETA (135) evitar que el quebrado realice actos de contenido patrimonial en perjuicio de sus acreedores, como parece afirmar la sentencia de 11 de diciembre de 1965, nulidad que se produce ipso iure sin tener en cuenta la buena o mala fé de los terceros - que fueron parte en los actos de administración y disposición del que-brado según las sentencias de 21 de mayo de 1960 y de 27 de febrero de 1.965.

A pesar de la inhabilitación decretada por el artículo 878 del Código de Comercio, el quebrado no queda sometido a una verdadera - incapacitación, como se comprueba por las siguientes circunstancias: porque mantiene la administración de sus bienes inembargables (Artículo 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); porque puede seguir al frente de su empresa si así lo conviene con sus acreedores (art. 13-29 del Código de Comercio); y porque es capaz para celebrar convenio de quita y espera con ellos (artículo 898 del Código de Comercio); Su verdadera situación personal se asemeja a una cuasi-incapacitación que le produce una profunda modificación de su capacidad de obrar.

En cuanto a los profundos efectos patrimoniales que sufre el deudor, una vez dictado por el Juez el auto declarativo de la quiebra y nombrado en el comisario, el quebrado es automáticamente desposeído de todos sus bienes, documentos y libros contables, cuya ocupación ordena el Juez (artículo 1334 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3.1.2. - Efectos registrales y de publicidad.

La quiebra de un empresario mercantil es una circunstancia - que afecta o puede afectar a un gran número de personas logicamente - ineteresadas en conocerla, razón por la cual su declaración debe ir -- acompañada por una adecuada publicidad.

Por ello la quiebra va acompañada de dos medios de publicidad o de manifestación externa:: su anuncio mediante fijación de edictos y - su publicación en períodos oficiales de la plaza o provincia, y en su caso, en la " Gaceta de Madrid" (art. 1337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y su inscripción en ciertos Registros públicos. Interesa especial--

mente este segundo medio de publicidad.

3.1.2.1.- Inscripción en el Registro Mercantil

Según el artículo 83 del Reglamento del Registro mercantil - (aprobado por D. de 14 de diciembre de 1956), el Juez ante el que se tramite la quiebra de un comerciante individual libraná mandamiento al Registro mercantil de su domicilio para que transcriba en su hoja de - inscripción el auto que la declare. Si el comerciante quebrado no estuviere inscrito en el Registro, se le inscribirá de oficio para hacer - posible la anotación de su quiebra.

3.1.2.2.- Inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tradicionalmente las disposiciones hipotecarias no preveían - expresamente el acceso al Registro de la propiedad de la quiebra del - titular de bienes o de derechos en el inscritos. Esto no obstante, la quiebra solía anotarse en él por estimar que constituía un supuesto de incapacidad o de prohibición de enajenar de los que debían acceder al Registro.

En nuestro derecho el artículo 142 del Reglamento Hipotecario de 1947 admite la anotación preventiva de la solicitud de la declaración en quiebra del titular de bienes o de derecho inscritos a su nombre en el Registro de la propiedad, y prevé asimismo, la inscripción del auto judicial que la declara cuando haya devenido firme (art. 2º Ley Hipotecaria y artículo 10 de su Reglamento).

3.1.2.3.- Inscripción en el Registro Civil

La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1.957 dispone - la inscripción de la quiebra al margen de la declaración de nacimiento de las personas físicas. Además su Reglamento (Decreto de 14-XI-1958) ordena la inscripción de la rehabilitación del quebrado.

3.2.- Efectos de la quiebra sobre los acreedores

La quiebra produce sobre los acreedores los siguientes efectos fundamentales:

3.2.1.- La paralización de las acciones individuales. la ejecución concursal sustituye a las ejecuciones aisladas e individuales ordinariamente ejercitables por cada acreedor. Esta paralización, presente en la generalidad de los ordenamientos extranjeros, no está si embargo expresamente formulada en nuestro ordenamiento positivo, aunque sí implícita en dos grupos de preceptos: los que encomiendan a los síndicos la representación de la masa de acreedores para el ejercicio de las acciones judiciales (artículos 1218 y 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y los que decretan la acumulación a la quiebra de las ejecuciones, de las demandas ordinarias y ejecutivas pendientes contra el quebrado (artículo 1173 y 1186 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Más la paralización de las acciones individuales no afecta - por igual a todos los acreedores, supuesto que en nuestro derecho, al igual que en la generalidad de los extranjeros, pueden iniciar o prose-

guir su ejecución singular y separada fuera del procedimiento concursal en tramitación, los acreedores pignoratícios, los acreedores garantizados por hipoteca naval los acreedores hipotecarios comunes y los -- denominados "acreedores de la masa". Lo cual se comprende pensando que si estos acreedores están garantizados especialmente con ciertos -- bienes, los cuales escapan a la garantía de los acreedores comunes, nada debe impedir que aquellos sean ejecutados fuera de la quiebra (artículos 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículo 105 y 133 de la Ley Hipotecaria y sentencia de 5 de junio de 1901).

La paralización de las acciones individuales afecta, pues, a los acreedores comunes o quirografarios, a los acreedores privilegiados (no hipotecarios ni pignoratícios) y a los acreedores con derecho a retención. Para GARRIGUES (136) la paralización de las acciones individuales afecta igualmente a los acreedores hipotecarios comunes que no hubiesen iniciado el ejercicio de su acción antes de la declaración -- de la quiebra. En consecuencia, debería someterse esos bienes hipotecadados a la ejecución concursal, aunque tales acreedores cobrarían preferentemente sus créditos con el precio obtenido con la enajenación concursal de los bienes hipotecados.

3.2.2.- La masa pasiva de la quiebra: Función y Composición

Si la quiebra es un proceso de ejecución en favor de las generalidad de los acreedores, que persigue, por tanto, un interés colectivo y no individual, y si su declaración determina la sustitución de las acciones aisladas de aquellos por una conjunta o general, es lógico que la -- quiebra declarada produzca de modo necesario el efecto de que los acree

dores queden agrupados en un consorcio de interesados en la ejecución del patrimonio del quebrado. Agrupación o consorcio que se denomina tradicionalmente masa de acreedores o masa pasiva de la quiebra (artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Masa que, como ha señalado NAVARRINI (137), se caracteriza por razón de su objeto (cobrar créditos), por razón de su objeto (cobrar créditos), por razón de su finalidad (cobrarlos proporcionalmente y en régimen de igualdad) y por razón de su forma de actuación procesal (actuar por medio de órganos: sindicos y Junta de acreedores).

Mas no todo acreedor se integra y participa en la masa por el simple hecho de serlo. Para comprenderlo deben distinguirse los llamados acreedores concursales de los denominados concurrentes. Son concursales todos los acreedores anteriores a la quiebra por el simple hecho de poseer esta condición, mientras son concurrentes los que teniendo derecho a integrarse en la masa, solicitan y obtienen su inclusión en el trámite procesal de examen y reconocimiento de los créditos. Los que no lo solicitan o habiendolo hecho no obtienen el reconocimiento de sus créditos: quedan fuera de la quiebra, no pueden participar en la ejecución ni recibir en ella el importe de sus créditos, no obstante lo cual éstos no se extinguen ni aquellos pierden su condición de acreedores, pudiendo, una vez finalizada la quiebra para cobrarlos, dirigirse, contra su deudor si deviniese éste de mejor fortuna.

Distinta es la posición de los acreedores concursales morosos, o sea, de los que solicitan su inclusión en la quiebra después de la convocatoria de la Junta de examen y reconocimiento de créditos (artículo 1278 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cuando le hacen así podrán ser incluidos en ella, convirtiendose en acreedores concurrentes, pero quedarán sometidos a las consecuencias prevista en el artículo 1279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.2.3.- La posición de los acreedores hipotecarios y pignoratícios ante la masa de acreedores.- La cuestión fundamental en lo que respecta a estos acreedores consiste en determinar si deben necesariamente inscribirse en la masa pasiva de acreedores para ejecutar en el procedimiento concursal o fuera de él - según lo deseen - sus garantías reales o sí, por el contrario, no están obligados a inscribirse y pueden sin hacerlo ejecutarlas fuera de él (ver la sentencia de 27-VI-1900).

Ahora bien una vez inscritos los acreedores hipotecarios en la masa pasiva mantienen su privilegiada posición, la cual se manifiesta por que: 1º) Podrán ejercitar - si lo desean - su derecho de ejecución aislada o separada fuera del procedimiento de quiebra, que es lo que realmente les reconoce nuestro Derecho positivo; 2).- No quedaran sometidos al convenio que puedan estipular el quebrado y sus acreedores, si no lo desea (artículo 900 del Código de Comercio); 3).- No quedaran reducidos a cobrar a prorrata si optan por someterse a la ejecución concursal (artículo 906 del Código de Comercio); 4).- No verán paralizado el devengo de intereses a su favor (artículo 884 del Código de Comercio). Quienes niegan que estos acreedores deban inscribirse en la masa pasiva, quizá confunden la inscripción misma (que para nosotros es obligatorio) con la ejecución separada (que es potestativa una vez inscritos). Si embargo, URÍA Y RAMÍREZ (138) estiman que los acreedores hipotecarios no necesitan inscribirse en la masa pasiva, cita este último autor para fundamentar su posición los artículos 1876 del Código de Comercio; 104 y 132 de la Ley Hipotecaria y 1234 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta misma solución parece adoptarse por la sentencia de 16 de octubre de 1961.

Por el contrario, no parece que deban inscribirse en la masa pasiva los acreedores pignoratícios. Para pensarlo así nos basamos en las siguientes consideraciones: 1ª.- Que los artículos 913 y 914 del

Código de Comercio mencionan a los acreedores hipotecarios, pero no a los pignoratícios. 2ª.- Que los bienes pignorados no son ocupados, ni, por tanto integrados en la masa activa de la quiebra al estar en poder del acreedor (artículo 918 del Código de Comercio).

3.3.- Efectos de la quiebra sobre los Créditos.

La declaración en quiebra produce también importantes efectos sobre los créditos ostentados por terceros contra el deudor, efectos que se generan fundamentalmente por el hecho de que debe mantener inalterado su importe y pagarse con el producto obtenido de la ejecución del patrimonio del quebrado. Estos efectos son:

3.3.1.- Conversión en dinero de las prestaciones debidas por el quebrado.- Todas las obligaciones del deudor cuyo objeto no -- consiste en una prestación pecunaria, deben reducirse a dinero, siempre que esta conversión sea jurídicamente posible. Aunque no está expresamente establecida en nuestro Derecho positivo para la quiebra del deudor, se desprende así de las disposiciones generales en materia de obligaciones y del hecho de que la ejecución concursal se dirige exclusivamente al pago en metálico de las obligaciones del quebrado. La Conversión debe verificarse a moneda nacional del curso legal y pleno poder liberatorio.

3.3.2.- Vencimiento anticipado de los créditos aplazados -- contra el deudor.- En virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado

(artículo 883 del Código de Comercio; artículo 1129-1º del Código Civil). Este enérgico efecto que altera el contenido del derecho de crédito se debe no tanto a la pérdida de la confianza en el deudor que su insolvencia provoca en el acreedor, como el hecho de que la ejecución colectiva de las deudas del quebrado exige su pago actual, tan pronto sea éste posible con el importe de la masa activa del deudor, sin esperar el vencimiento del plazo.

3.3.3.- Paralización del devengo de intereses por los deudores del quebrado.- Manda la Ley que desde la fecha de declaración de la quiebra dejarán de devengar interés todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía (artículo 884 del Código de Comercio).

Esta norma imperativa se comprende pensando que así lo exige la necesidad de inmovilizar el pasivo del quebrado, haciéndolo cierto y determinado. De no ser así, el devengo de intereses de todas las deudas del quebrado provocaría un paulatino incremento del importe de la masa pasiva, el cual por su indeterminación dificultaría los cálculos indispensables para proceder al pago de los acreedores a prorrata del importe de sus créditos.

3.3.4.- Situación de las dudas condicionales del quebrado.- En el momento de la declaración de la quiebra, o en el idóneo para el pago de los acreedores, el quebrado puede ser sujeto pasivo de obligaciones condicionales. Pueden éstas estar sometidas a condición suspensiva, en cuyo caso aquel sólo será deudor efectivo si la condición se cumple, o la condición resolutoria, en cuyo caso el quebrado dejará de serlo si

esta se produce.

En ambos supuesto es indispensable saber si estos inciertos acreedores deben ser admitidos en la masa pasiva, y, en su caso, si debe procederse a su pago. Aparentemente la respuesta debe ser negativa, pues el crédito de estos acreedores y la correspondiente obligación del quebrado están sometidas a la incertidumbre inherente al cumplimiento de la condición. Pero no es menos cierto que la respuesta negativa no protege adecuadamente a tales acreedores, tanto si la condición se cumple después de la ejecución concursal (cuando es suspensiva) como si no se cumple después de ella (cuando es resolutoria), por que en el momento de producirse la consolidación de la deuda puede haber desaparecido la garantía patrimonial del deudor. Por ello, en virtud de lo establecido en el artículo 1121 del Código Civil parece que la solución más correcta para los distintos acreedores condicionales, es - hacer viable la pretensión de garantía que aquel proyecto contiene en la forma siguiente: los acreedores condicionales podrán inscribirse - en la masa pasiva de la quiebra, e incluso, obtener el pago de sus créditos. Mas la singular naturaleza de estas obligaciones hace que su pago en vía concursal quede sometida, sin embargo, al siguiente régimen: si la deuda está sometida a condición suspensiva, debería retenerse su importe hasta que la condición se cumpla; si la deuda está sometida a condición resolutoria, se pagará al acreedor lo que le corresponda, - siempre que garantice su eventual restitución a la masa activa en el - caso de que la condición se cumpla.

3.3.5.- Compensación de deudas y créditos del quebrado.-

Puede y suele ocurrir que el quebrado sea deudor y a la vez acreedor de una misma persona. En este caso, cuando concurren las condi-

ciones del artículo 1196 del Código Civil, las deudas y los créditos recíprocos se extinguen por compensación en la parte en que sean coincidentes. La compensación es, pues, un medio para la extinción de las obligaciones.

Precisamente por ello, surge en caso de quiebra, el problema de la admisibilidad de la compensación. Admitirla sería tanto como permitir el pago de una deuda de la masa por vía extraconcursal y, además, mediante la disposición de un crédito contra tercero integrado en su masa activa precisamente para con su importe pagar a su acreedor. Importe con el que se pagaría a un acreedor del quebrado y se reduciría su masa pasiva, pero todo ello en perjuicio de sus restantes acreedores, consecuencia implícitamente prohibida por las disposiciones concursales. Negarla conduciría al injusto resultado de que el quebrado pudiera exigir a su deudor el íntegro importe de su crédito, mientras que tan sólo le pagaría parte de su deuda. Ante esta disyuntiva, nuestro derecho nada resuelve explícitamente (aunque quizá sí implícitamente en el artículo 1196 -5º del Código Civil), inclinándose nuestra mejor doctrina por negar la admisibilidad de la compensación.

Un supuesto excepcional de compensación está, sin embargo, previsto y admitido en el artículo 926 del Código de Comercio.

3.3.6.- Efectos sobre las deudas solidarias.- La compleja relación en las obligaciones solidarias exige averiguar los efectos que provoca la quiebra en los deudores solidarios.

Puede afirmarse que la quiebra de uno no determina la de los demás, ni se extiende a los restantes la quita o la paralización del

devengo de intereses provocado por la quiebra de uno de ellos. Debe mencionarse la posible excepción contenida en el artículo 510 del Código de Comercio. Si, por el contrario, quiebran todos los codeudores solidarios, el acreedor puede inscribirse en la masa pasiva de la quiebra de cada uno de ellos, hasta alcanzar el pago íntegro de su crédito (artículo 518 del Código de Comercio).

3.3.7. - Efectos sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución. - Declarada la quiebra, muy frecuentemente puede y suele ocurrir que el quebrado haya estipulado contratos bilaterales que le convierten en titular de derechos y de obligaciones frente a otra persona (p. Ej: compraventa, seguro, agencia, asistencia técnica, etc.). Es necesario averiguar que repercusiones produce la quiebra sobre tales contratos, para lo cual parece conveniente distinguir según que sean de ejecución instantánea o de duración y tracto sucesivo.

Cuando el contrato afectado es de ejecución instantánea, al declararse la quiebra, puede encontrarse en una de las siguientes situaciones descritas en parte por GARRIGUES: 1ª). - „El quebrado ha entregado su prestación antes de la quiebra (y esta no es alcanzada por la fecha de retroacción), mientras que la otra parte no la ha verificado; en este caso, al ser el quebrado acreedor, los síndicos de la quiebra podrán exigir sin dificultad a la parte in bonis el íntegro cumplimiento de su obligación (p. Ej.: el pago del precio): por el contrario, si el cumplimiento de la obligación por el quebrado es alcanzada o queda comprendida por la fecha de retroacción, la parte in bonis deberá restituirla a la masa y se extinguirá el contrato; 2ª). - La parte in bonis cumplió su obligación, siendo en consecuencia acreedora del deudor quebrado; 3ª). - Ninguna de las partes ha cumplido su obligación en el momento de la declaración de la quiebra.

En los dos últimos supuestos, la estricta aplicación de los efectos de la quiebra sobre el contra no consumado rompería inexorablemente la natural equivalencia de las prestaciones, dado que permitirían a los representantes de la quiebra exigir de la parte in bonis el fiel íntegro cumplimiento de su obligación, mientras que ésta debería contentarse con recibir del quebrado su prestación incompleta al quedar sometida a la Ley del dividendo. Resultado inicuo que debe ser evitado, rompiendo la vinculatoriedad del contrato o, en caso contrario, obligando a ambas partes a su íntegro cumplimiento. Pero nuestro derecho no contiene una regla general aplicable a estos supuestos, sino tan sólo una regla especial y exclusiva para los contratos de compraventa que, estipulados por el quebrado, se encuentren en el segundo supuesto anteriormente expuesto (artículo 909, 8º y 9º del Código de Comercio). Regla que puede extenderse por analogía a las dos situaciones contempladas, así como a las que surgen de otros contratos bilaterales pendientes de ejecución distintos de la compraventa, siempre que sea declarada en quiebra una de sus partes.

Mayor gravedad reviste los efectos que produce la quiebra de un comerciante que es parte de un contrato bilateral de duración o de tracto sucesivo. En estos constituirían una inicua consecuencia obligar a la parte in bonis al reiterado cumplimiento de sus prestaciones, mientras estuviera la otra imposibilitada de hacerlo por encontrarse en quiebra. Puede por ello afirmarse con carácter general que la quiebra de una parte faculta a la otra para solicitar la resolución del contrato, o incluso que la quiebra es una causa de disolución del mismo. Solución presente en los artículos 221-3º, 280 y 401-2º del Código de Comercio.

3.4. - Efectos de la quiebra sobre el patrimonio del deudor

Todo el procedimiento está dirigido a ejecutar el patrimonio del deudor, para con el importe obtenido de su liquidación pagar, en la medida de lo posible, los créditos de sus acreedores. Más para ello es indispensable ocupar todos los bienes del deudor; administrarlos para conservar su valor; impedir que el quebrado pueda enajenarlos, ocultarlos o despreciarlos, reintegrar al patrimonio concursal los que a pesar de las precauciones adoptadas de él hubieran salido ilícitamente en perjuicio de sus acreedores; restituir a sus legítimos propietarios los bienes de ajena pertenencia indebidamente ocupados; y, finalmente, ejecutar todos los bienes resultantes para obtener su valor en metálico.

Todas estas son operaciones que inciden sobre el patrimonio del quebrado e integran un complejo régimen jurídico de las que vamos a destacar los siguientes extremos:

3.4.1. - Masa activa de hecho y masa de Derecho. - Todo - deudor - y también el quebrado - responde del cumplimiento de sus obligaciones con su patrimonio presente y futuro (artículo 1911 del Código Civil). Mas para hacer efectivo este principio en el procedimiento concursal importa aprehender el patrimonio presente del deudor. De ahí que la primera decisión del Juez que dedara la quiebra sea decretar la ocupación y el desapoderamiento de los bienes del quebrado por medio del Comisario designado al efecto. Se forma así un primer conjunto de bienes ocupados, denominado masa activa de hecho, porque en ella se integran los bienes ocupados al quebrado, de la cual pueden faltar parte de sus bienes por no haber sido hallados o ser aún desconocidos, y en la cual pueden haberse integrado apresuradamente bienes

que por ser de ajena pertenencia no deben ser en ella ejecutados, sino puestos a disposición de sus legítimos propietarios.

Precisamente por ello, a la masa de hecho se contrapone la masa de derecho o legal, integrada ésta por los bienes que siendo de propiedad del quebrado deben ser ocupados, retenidos y ejecutados en favor de la generalidad de sus acreedores concurrentes. De la masa de hecho se pasa a la de derecho, a través de una depuración integra da por complejas operaciones jurídicas.

Pero en nuestro ordenamiento positivo no se señalan con claridad los criterios que sirven para delimitar la masa de derecho. Existen, sin embargo, dos criterios expresos. Uno positivo, al decir el artículo 1044, 3º del Código de Comercio de 1829, que deben ocupar se judicialmente todas las pertencias del quebrado. Y otro negativo, al expresar el artículo 908 del Código de Comercio que deben excluirse de ella los bienes de ajena pertenencia. Mas estos criterios son por sí mismos insuficiente s y deben completarse con otros especiales que - surgen del hecho de que la masa así obtenida debe ejecutarse en favor de los acreedores.

Estos criterios especiales son los siguientes: En la masa de derecho no deben incluirse los bienes y los derecho cuya titularidad - corresponda al quebrado, pero que, ello no obstante, son inembarga- bles (artículo 1448 y 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); o que perteneciéndole y poseyendo un valor económico no son, sin embargo, susceptibles de ejecución, deben sin embargo excluirse de su masa activa; los bienes pignorados e hipotecados ejecutados fura de la quiebra en favor de los acreedores pignoratícios e hipotecarios y otros bienes a - los que se refiere el artículo 909 del Código de Comercio (p. ej. los

de la dote estimada). Finalmente, se incluyen en la masa de derecho, tanto los bienes presente ocupados al quebrado como los que éste adquiriera (por ejemplo: por donación o herencia), durante el procedimiento concursal .

Más si estos son los criterios positivos y negativos para determinar que bienes deben integrarse en la masa legal o de derecho que debe soportar la ejecución concursal, lo bien cierto es que para llegar a delimitarla con exactitud es indispensable verificar dos operaciones de signo contrario: la reintegración y la reducción de la masa.

3.4.2.- La reintegración de la masa.- Como sabemos la declaración en quiebra del empresario mercantil produce, por orden judicial, la ocupación de todo su patrimonio. A partir de este momento el quebrado ya no puede disponer de sus propios bienes, por que se le ha inhabilitado para ello, porque ha sufrido su desapoderamiento, porque se le cierra el Registro de la Propiedad y porque si , a pesar de todo ello, realiza actos de disposición, estos son nulos ipso iure por virtud del mandato imperativo contenido en el artículo 878 del Código de Comercio.

Pero si todo ello es cierto, no lo es menos que desde que el quebrado intuye o siente su situación de desarreglo económica hasta que la quiebra es declarada, o sea, antes de ella, suele transcurrir un periodo de tiempo durante el cual el deudor realiza o puede realizar actos de administración, de disposición o gravamen sobre sus bienes, con el fin de favorecer a algunos acreedores, de retrasar la quiebra o de ocultar bienes mediante su aparente o formal transmisión a fa

miliares, a amigos o a personas de su confianza para salvarlos de su posterior ejecución concursal, si esta llega a producirse. Todos estos actos realizados antes de la declaración judicial en quiebra, pero iniciada ya la situación de desarreglo económico del empresario, pueden y suelen perjudicar a la generalidad de sus acreedores concursales, aun cuando no fuera ésta su intención en el momento de ejecutarlos.

Se desprende de todo ello que ante de la declaración judicial de quiebra existe casi siempre un periodo sospechoso durante el cual - pueden haberse realizado por el quebrado actos en perjuicio de su -- acreedores, frente a los cuales reaccionan todos los ordenamientos po sitivos. El Derecho positivo español también lo hace, mediante la llamada retroacción de la quiebra y por medio de un conjunto de acciones - de impugnación, de las que nos ocupamos seguidamente.

3.4.2.1. - La retroacción de la quiebra. 0 Al dictar el auto declarativo de quiebra el Juez establece si lo cree oportuno - la fecha anterior a partir de la cual se retrotraen sus efectos. Esta fecha de retroacción suele hacerse coincidir con el momento en el que se produjo o se manifestó la insolvencia del quebrado o éste cesó en sus cargos (sentencia 16-11- 1933 y el artículo 1024 del Código de Comercio). To dos los actos de dominio y de administración realizados por el quebrado a partir de esa fecha son nulos en virtud del mandato imperativo con tenido en el artículo 878 del Código de Comercio. Lo cual significa que lo vendido, pagado, donado, gravado, etc., por el quebrado debe ser reintegrado por sus adquirentes a la masa activa de la quiebra para ser posteriormente ejecutado en ella, tanto si los actos realizados en esa época lo fueron a título gratuito como oneroso.

La nulidad de los actos del quebrado no sólo se proyecta - hacia el futuro, sino que puede también dirigirse hacia el pasado.

Mas la nulidad que surge del artículo 878 se suele calificar de absoluta y, por ende,ponible "erga omnes" afecta tanto a los ,ac--tos que empobrecieron como a los que enriquecieron al quebrado - a sus acreedores (v. la sent. de 7 de marzo de 1931; pero la sent. de 11-XII-1965 parece no extenderla a los actos cuya nulidad empobrecería a la - masa activa); opera independientemente de la buena o mala fe de quienes contrataron con el comerciante posteriormente quebrado (sent. 27-11-1965) y no necesita ser judicialmente declarada por que se constituye por mandato de la ley. Si la finalidad del sistema de retroacción consagrado en nuestro Código fue proteger a los acreedores del quebrado frente a los actos por él realizados en su perjuicio durante el periodo sospechoso, es necesario reconocer que es excesiva la nulidad radical que parece - consagrar, que es a veces perjudicial para los propios acreedores (al anular actos que económicamente les favorecen) e incluso, se afirma - (OLIVENCIA) que,, en ocasiones produce injustos efectos y consecuencias para los terceros de buena fe (por ej: el tercero hipotecario).

3.4.2.2.- Las acciones de impugnación.- No contento el le- gislador con la nulidad de los actos realizados por el quebrado durante el período de la retroacción, establece además un sistema de impugna--ción de otros actos que pueda haber realizado aquel dentro de determi- nados plazos anteriores en el tiempo a la fecha de retroacción (sobre el modo de calcular estos plazos puede verse la sentencia de 17-11-1909) y que como máximo puede comprender, los dos años anteriores a ella - (artículo 882 del Código de Comercio). Se trata de actos que se declaran ineficaces por su simple proximidad a la quiebra (artículo 879 Cód- igo de Comercio) de actos realizados en los treinta días anteriores y que se estiman ineficaces por presumir iuris et de iure su fraudulentia

(artículo 880 del Código de Comercio); y de actos que se declaren anulables por los acreedores si éstos prueban que fueron sometidos con ánimo de defraudarles (acciones paulinas ordinarias) (artículos 881 y 882 del Código de Comercio).

Por medio de este severísimo procedimiento (retroacción y acciones de impugnación) que pone de manifiesto la gran desconfianza que se siente ante el quebrado, se pretende reintegrar en la masa activa de la quiebra lo que de ella hubiera salido indebidamente en perjuicio de los acreedores concursales. En ocasiones se reintegran en la masa activa bienes que deberían quedar fuera de ella, perjudicando a sus adquirentes terceros de buena fe y, en otras, incluso en perjuicio de los propios acreedores del quebrado.

3.4.3. - La reducción o detracción de la masa. - Para adecuar la masa de hecho a la de derecho que es la que únicamente debe ejecutarse en la quiebra, existe una segunda operación inversa a la anterior, denominada de reducción o de detracción de la masa, que posee una doble finalidad: poner a disposición de sus legítimos dueños bienes que se ocuparon al quebrado y que, esto no obstante, son de ajena pertenencia (*reparatio ex iure dominii*) y permitir que salgan de la masa activa bienes que, aun siendo de propiedad del quebrado, deben ejecutarse fuera de ella por poseer un tercero acreedor (hipotecario o pignoraticio) un derecho preferente de carácter real a satisfacer su crédito con su valor o importe (*reparatio ex iure crediti*). - Veamos los diversos supuestos:

3.4.3.1. - *Reparatio ex iure dominii*. - Son supuestos previstos en el artículo 909 del Código de Comercio, en los que se contem

la detracción de la masa activa de bienes de ajena pertenencia (con la excepción que señalásemos) que, por esta razón, no deben ser ejecutados para pagar a los acreedores del quebrado. Son los siguientes:

3.4.3.1.1.- Derecho de reparación en favor del vendedor cuyo precio no fue pagado por el quebrado.0 Afecta a las cosas vendidas - al quebrado al contado y no pagadas por éste en todo o en parte, mientras estén en su poder y puedan indentificarse (artículo 909, 8º del Código de Comercio), y también a las mercaderías que el quebrado hubiese comprado al fiado, mientras no se le hubieren entregado materialmente (artículo 909, 9º del Código de Comercio).

Este derecho de detracción de la masa de la quiebra en favor del vendedor plantea varias cuestiones. Afecta la primera al hecho - de que al permitir el Código la detracción de las mercaderías intenta - tuelar la equivalencia de las prestaciones de las partes (ratio legis), - como hemos visto anteriormente, y como se comprueba por el hecho de que la detracción puede evitarse por los Síndicos si así les conviene - pagando el precio de las cosas vendidas; Se refiere la segunda cuestión a la justificación estrictamente histórica del derecho de detracción en favor del vendedor. Creía la doctrina que el legislador, al reconocerlo, desconocía el derecho de propiedad adquirido por el quebrado -- comprador en virtud de la entrega de los efectos, más ha demostrado recientemente el profesor DE CASTRO que ello no es así, puesto que en el derecho Civil vigente en le momento de la rpromulgación del Código de Comercio el comprador no adquiría la propiedad hasta que pagaba el precio.

Los preceptos en cuestión tutlan o defienden la equivalencia de las prestaciones queridas al estipular la compraventa.

3.4.3.1.2.- Derecho de reparación de cosas que el quebrado debe restituir.- Se trata de las cosas ajenas pertenencia detentadas por el quebrado a título de depósito, administración, arrendamiento, alquiler o usufructo, las cuales deben ser restituidas y entregadas a sus propietarios (artículo 903-3º del Código de Comercio) para evitar su ejecución indebida.

3.4.3.1.3.- Derecho de separación en favor del comitente.- Se trata de reconocer y permitir la separación de bienes (mercancías, letras y pagarés, fondos y créditos que el quebrado hubiere recibido en su condición de comisionista y, por ende, por cuenta e interés de su comitente, bien en nombre propio o bien en nombre de éste. El tercero comitente puede solicitar su detracción de la masa activa para que no sean ejecutados, sino para que le sean entregados cuando concurren las circunstancias señaladas por el Código de Comercio (artículo 909, números 4º, 5º, 6º y 7º).

3.4.3.2.- Separatio ex iure crediti.- Ciertos acreedores tiene derecho a detraer de la masa de la quiebra bienes determinados sobre los que ostentan derechos reales de garantía, a pesar de ser propiedad del quebrado. Esta detracción tiene por objeto ejecutar su derecho de garantía sobre tales bienes fuera del procedimiento concursal, con el fin de con su importe pagar su propio derecho de crédito.

Esta es la privilegiada situación de los acreedores pignoraticios (artículo 918 del Código de Comercio), de los acreedores con hipoteca naval (artículo 39 de la Ley de Hipoteca Naval de 1893) y de -- los acreedores hipotecarios comunes (artículo 919 del Código de Comer

cio) que podrán ejecutar su garantía fuera del procedimiento concursal (derecho de separación absoluta o del bien mismo), o bien dentro de él pero percibiendo su crédito con el importe obtenido de la ejecución del bien hipotecado (derecho de separación relativa o del valor del bien).

En alguna medida se encuentran en una especial situación las llamadas deudas de la masa, o sea, los gastos de justicia y administración devengados con ocasión de la quiebra y los producidos por los Síndicos durante ella. Estas deudas se pagan íntegramente si hay bienes suficientes para ello, sin someterse a la Ley del dividendo, con carácter preferente y sin necesidad de inscribirse en la masa pasiva. Son deudas de la quiebra, y no del quebrado.

3.4.4.- La Administración del patrimonio del quebrado.-

Una vez ocupado los bienes del quebrado, se someten a una serie de operaciones (inventario, reintegración y reducción) cuya finalidad es preparar su posterior ejecución en favor de sus acreedores. Pero esta ejecución no siempre se produce (p. ej.: así ocurre si se estipula el convenio que lo evita entre el quebrado y sus acreedores), o aunque se produzca siempre lo es después de un largo periodo de tiempo. De ahí que sea indispensable administrar el patrimonio del deudor, del que éste es desahogado, para evitar su depreciación, para conservar o incluso incrementar su valor y para asegurar, cuando sea posible, su propia rentabilidad. Esta tarea responde al depositario, desde la ocupación de los bienes hasta el nombramiento de los síndicos (artículos 1179 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y a estos hasta su enajenación (artículo 1185 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Mas las facultades de administración encomendadas a estos

sujetos no pueden limitarse, ni de hecho se limitan, a conservar y a beneficiar los bienes ocupados, sino que comprenden también la enajenación de los que puedan depreciarse o desaparecer en perjuicio de la masa de los acreedores concursales. Por eso se distinguen de entre sus funciones una administración conservativa (artículos 1181, -- 1016 y 1229 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de otra estrictamente alienativa, el valor de la masa activa de la quiebra.

3.4.5.- La enajenación o liquidación de la masa activa.- - Desde que la quiebra es declarada todas sus operaciones se dirigen a integrar la masa que debe ser ejecutada para con su importe pagar a los acreedores concursales. Por ello se afirma que la finalidad de la quiebra es la enajenación y liquidación de la masa activa ejecutable del quebrado.

Pero la ejecución concursal plantea varias cuestiones que, por su carácter procesal, nos limitamos a mencionar. La primera - es que, con carácter general, no puede procederse a la enajenación de un bien o de los bienes del deudor hasta que sea firme el auto declarativo de la quiebra, con excepción de las ventas urgentes de cosas que no puedan conservarse (artículo 1181, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1055 del Código de Comercio de 1829). La Segunda, - que corresponde a los síndicos proponer al Juez comisario de la venta de los bienes en el momento oportuno en el que pueda obtenerse mayor ventaja para los intereses de la quiebra (artículo 1084 del Código de Comercio). La tercera, que si el Juez decide la venta, fija su precio mínimo de acuerdo con los criterios de justiprecio fijados por el Código de Comercio de 1829 (artículo 1086 y 1087). Finalmente, la enajenación misma se rodea de ciertas garantías (intervención de Corredor Colegiado, subasta pública, etc).

4. - TIPOS DE QUIEBRA.

La quiebra es una figura única, en principio, pues comprende todos los supuestos de procesos en que se trata de repartir el pa-trimonio de un deudor común comerciante entre diversos acreedores. No obstante, a juicio de GUASP cabe una quiebra solicitada por el proprio deudor o solicitada por cualquier acreedores legítimo. No obstante se encuentra atenuada esta diferencia en la Ley de Enjuiciamiento Ci-vil, en cuanto que no dice, con tanta claridad como en el concurso de acreedores, que la quiebra puede ser voluntaria y necesaria, si bien la terminología asoma a otros pasajes del derecho positivo.

En realidad, contra la división de la quiebra en voluntaria y necesaria podrían esgrimirse algunas razones. La quiebra a instan-cia del deudor no es voluntaria, en cuanto que éste tiene la obligación de presentarse en estado de quiebra; si efectivamente se halla en el mismo, según establece el artículo 1017 del Código de Comercio de 1829, hoy vigente, y corroboran otros preceptos. En cambio, la llamada quiebra necesaria podría ser realmente configurada como mucho más volun-taria que la anterior.

. Ahora vien la clasificación entre quiebra voluntaria y necesa-ria es, sobre todo, intrascendente desde el momento en que su única - consecuencia importante se encuentra en el momento inicial, o de promoción de la quiebra, y apenas si arroja repercusión sobre los momentos ulteriores de desenvolvimiento de la ejecución general mercantil.

Por estas razones, seguimos pensando como GUASP, que -

puestos a establecer una clasificación de la quiebra, sería preferible fijarse en otros puntos de vista de mayor alcance.

Uno de ellos sería v. g., el que distinguiera entre quiebra de un comerciante individual y quiebra de una sociedad mercantil, pues to que en el vigente Código de Comercio se contienen disposiciones es peciales para estos supuesto.

Otra clasificación también muy significativas sería la que - distinguiera las quiebras en quiebras fortuitas, quiebras culpables y quiebras fraudulentas, clasificación que se desarrolla igualmente en el Código de Comercio vigente y que alcanza importancia a los efectos de la calificación civil o penal de las responsabilidades del deudor.

5. - ORGANOS Y SUJETOS DE LA QUIEBRA.

5:1. Evolución histórica.

A causa de la evolución histórica que el instituto de la quiebra ha tenido, no se ofrece hoy como un proceso enteramente y diversamente encomendado a los órganos jurisdiccionales, sino que en él intervienen otros que carecer de tal carácter, especialmente los propios acreedores, como una supervivencia de tiempos antiguos, en que regía -- cienta forma de justicia privada o autotutela.

En efecto, en el Derecho romano no existe propiamente un

procedimiento de quiebra semejante al moderno. Pero existen instituciones de defensa de los acreedores que producen algunos efectos similares.

Así superado el terrible procedimiento de ejecución sobre la persona del deudor (*manus iniectio*), la ley Poetilia señala el tránsito del sistema de ejecución personal al sistema de ejecución patrimonial (*non corpus debitoris red bona abnoxia*); Los acreedores son puestos en posesión de todo el patrimonio del deudor que ha sido condenado - (*iudicatus*) o ha confesado sus deudas (*confesus*) o no ha comparecido por la causa que sea (fuga, ocultación rebeldía). Esta *missio in bona* del Derecho Romano se asemeja a la quiebra en el dato de que puesta en posesión de los bienes del deudor no se hace en favor de un solo acreedores, sino en beneficio de todos los que concurran al procedimiento. Aparece así la institución de la masa de acreedores como colectividad sometida al principio de igualdad de trato (*par conditio -- creditorum*). Si el deudor no paga se le sustituye por otro que pague, fingiendo una *successio in universum ius*: un comprador universal (*bonorum emptor*) entra en todas las relaciones patrimoniales del deudor, sucediéndole como un heredero, y se compromete a pagar las deudas en la medida que alcance el producto de la venta. El pretor le concede ciertos recursos jurídicos contra las disminuciones fraudulentas o del patrimonio del deudor (*actio Paulina*, *interdictum fraudatorum*, *restitutio in integrum*).

Más tarde a principio de la época imperial, la venta en bloque de los bienes del deudor (*bonorum venditio*) y la consiguiente sucesión universal en su patrimonio se sustituye por una venta de bienes aislados: el *emptor bonorum* es reemplazado por el *curador bonis distrahendis*. Los acreedores podrán elegir entre uno y otro procedimiento: el de la *conditio* o el de la *distractio bonorum*.

Los severísimos efectos personales de la *missio in bona* se remedian, finalmente, con la institución de la *cessio bonorum*: el deudor puede eludir la prisión y la nota de infamia declarando en forma solemne ante el magistrado que pone sus bienes a disposición de los acreedores, cediéndolos para que se cobren los créditos con el producto de la venta. De este modo se pasa a una verdadera "satisfacción por equivalente", desapareciendo la ejecución personal y la infamia. Junto a estas ventajas tiene el deudor la de ver asegurados -- los recursos necesarios para su subsistencia (*beneficium competentiae*). Por su parte los acreedores no adquieren un derecho de propiedad sobre el patrimonio del deudor, sino un simple derecho de posesión con derecho a la enajenación de las cosas para satisfacer sus créditos con: el precio.

En el Derecho romano domina el principio privatístico: el procedimiento en caso de insolvencia del deudor era pues, un procedimiento de autodefensa dirigido por los mismo acreedores, a quienes, con la puesta en posesión de los bienes, se les distribuye un derecho patrimonial: el de promover la venta y repartirse el precio.

Al Derecho intermedio y Derecho moderno pertenece la concepción jurídico - pública de la quiebra. No sólo en el derecho franco - como KOHLER afirma (139) - sino en el derecho estatutario italiano no domina el principio publicístico, quizá como consecuencia del gran rigor que caracteriza el procedimiento de quiebra: se parte de la idea de que el quebrado es un defraudador ("*decoctor ergo fraudator*") y de que al Estado incumbe la represión del hecho ilícito de la quiebra como finalidad a la que va unida la satisfacción de los acreedores. Se afirma con energía el procedimiento de oficio, y el magistrado no sólo se incauta del patrimonio, sino que lo distribuye, el mismo entre -

los acreedores. La autoridad pública, al tomar posesión del patrimonio, reclamaba para la masa todos los bienes propiedad del deudor, cualquiera que fuese su poseedor (principio de la retroacción absoluta, que después es recogido por nuestro Código de Comercio. Las normas de la quiebra se aplican a toda clase de deudores.

En el antiguo Derecho español se advierte el influjo simultáneo del sistema romano y del medieval. En las leyes de partida (tít. 15 Partida V) se regula la *cessio bonorum* y las acciones revocatorias, pero acentuando, frente al Derecho Romano, la intervención judicial, que predomina también, sin duda por influencia del Derecho franco, en la *Lex Visigothorum* (V, 6, 5). La *cessio bonorum* tiene lugar ante el Juez, y éste es quien cuida de la enajenación de los bienes y de la distribución de su importe entre los acreedores ("decide el Juzgador partir entre ellos los maravedís"... dando a cada uno de ellos según la cantidad que debía aver.....")

Esta nota característica, unida a la de una extrema severidad en el procedimiento de la *cessio bonorum*, es recogida en todas las leyes posteriores (1447, 1469 y 1473). En cambio, el Código de las Costumbres de Tortosa (siglo XIII) libra del arresto al deudor que ha abandonado sus bienes en manos de sus acreedores. Mas el rigor vuelve de nuevo con la Ley de 18 de julio de 1590 ("cualquiera.... que trate de hacer.... compromiso para remisión o espera de las deudas sea preso y esté en prisiones en la cárcel pública"). Y fue justamente el deseo de dulcificar este rigor dentro de un procedimiento nuevo, que ya había introducido la práctica forense en los Tribunales españoles, el que movió a nuestro SALGADO DE SOMOZA (140) a escribir el primer tratado sistemático que sobre la quiebra se publicó en el mundo y que tuvo no solamente resonancia científica, sino influjo en la práctica de los Tribunales europeos durante largos -

años. Esta obra trata exclusivamente de uno de los supuestos de la quiebra: cuando " el deudor mismo produce concurso convocando a sus acreedores para entregar y cesión de sus bienes". Se quiere regular, pues, un nuevo procedimiento de cesión de bienes. Una *cessio bonorum* en la que, a cambio de intensificar las formalidades y garantías no hay previo encarcelamiento del deudor, ni necesidad de que este reconozca sus deudas con efectos de confesión o esté condenado por una sentencia, ni exclusión de los deudores *decocti* y *falliti*, ni posibilidad de hacer la cesión fuera de juicio. Esta es la nota esencial del sistema de SALGADO DE SOMOZA: la constante intervención del Juez en la quiebra y la subordinación de esta a embarazosas solemnidades de un verdadero juicio. Los bienes se abandonan a la protección y potestad de la curia; la administración se pone por el deudor, en manos del Juez; quien designa al administrador; el Juez es el subastador de los bienes en representación del deudor; por la autoridad del Juez y no por la propia del cedente se hace la distribución entre los acreedores.

La distinción entre comerciantes y no comerciantes que no se encuentra en la obra de SALGADO; aparece en nuestras antiguas leyes, que hacían más riguroso el procedimiento en el caso de ser comerciante el deudor. Así, la Ley de las Cortes de Barcelona de 1299, que prohíbe volver a tener "tabla de cambio ni empleo alguno" al cambiador que quebrase. En la práctica se iban relegando el concurso y la cesión de bienes para los no comerciantes, mientras se por influjo italiano una doctrina mercantilista de la quiebra que alcanza su consagración legal en las Ordenanzas de Bilbao (1737), donde se regula sistemáticamente un procedimiento de quiebra exclusivo para los comerciantes. Los quebrados se dividen en tres clases: atrasado, -- quebrados por infortunio y quebrados fraudulentos. Esta clasificación pasó luego al primer Código de Comercio español. Las Ordenan

zas de Bilbao contienen la primera reglamentación completa de la quie
bra, en el aspecto procesal: regulación como un juicio universal en for
ma minuciosa; intervención de la correspondencia, incautación de lla-
ves y libros, aseguramiento de la persona del quebrado, presentación
del balance, ocupación de bienes y nombramiento de despositario, for
mación de inventario, insumación y graduación de los créditos, propo
sición del Comercio, etc.

Con la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para -
los negocios de comercio (1830) se confirma la distinción entre comer
cientes y no comerciantes, para someter al procedimiento de quiebra
sólo a los primeros. La palabra "concurso" desaparece de la termino
logía legal para, reaparecer más tarde en el título XI de la Ley de -
Enjuiciamiento Civil de 1855.

A juicio de GARRISQUES (141) el sistema del Derecho vi-
gente descansa en los siguientes postulados:

1).- Siguiendo la tradición de las Ordenanzas de Bilbao -
y la doctrina de nuestros antiguos tratadistas, se regula la quiebra
como una institución propia y exclusiva de los comerciantes. Para -
los no comerciantes se resucita el antiguo "concurso", donde apare-
ce la cesión de bienes a los acreedores bajo la forma de juicio volun-
tario: el juicio se promueve por el mismo deudor, cediendo todos sus
bienes a sus acreedores (ver Código de Comercio, art. 874; Código
Civil, artículo 1913; Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1130, -
1156 y 1318).

De la comparación entre los preceptos legales de la quie--
bra y del concurso de acreedores se deducen las siguientes diferen
cias:

a). - Los comerciantes son tratados con mayor severidad. Esta tradicional severidad - fundada en la mayor transcendencia económica de las insolvencias mercantiles se comprueba en la prisión -- del quebrado (art. 1044 del Código de Comercio 1829 en relación con el 1333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

b). - Los supuestos de declaración de quiebra y declaración de concurso son distintos: para la quiebra basta el sobreseimiento en el pago de las obligaciones (la simple cesación de pagos implica una - grave perturbación en el funcionamiento del Crédito cuando este va - ligado - como ocurre en la vida mercantil - a títulos cuyo vencimiento no admite términos de gracia o cortesía: letra de cambio); para el concurso se necesita la comprobación de la insuficiencia patrimonial del deudor, acreditada en el hecho de no haber encontrado bienes libres en las ejecuciones aisladas (artículo 1158 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2). - El procedimiento de quiebra responde al sistema ecléctico francés de someter la tramitación a la tutela y vigilancia constante de los órganos judiciales, sin excluir por eso la colectividad de los acreedores.

3). - Se instituye por primera vez la suspensión de pagos y se excluye por consecuencia, de la antigua clasificación de la quiebra (art. 1003 del Código de Comercio de 1829), limitando a tres las clases de ésta: fortuita, culpable y fraudulenta (artículo 886 del Código - de Comercio). El alzamiento de bienes se considera caso de quiebra fraudulenta (artículo 890, número 1).

4). - Se modifican las normas sobre graduación de créditos,

por influjo del principio de publicidad negativa propio del nuevo sistema hipotecario.

5).- Se dictan reglas especiales sobre la quiebra de las sociedades mercantiles bajo el principio de la postergación de los acreedores particulares del socio.

6).- Se dictan también reglas especiales sobre la quiebra - de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas, que son -- trasunto de la Ley de 12 de noviembre de 1869.

Si nos hemos detenido un poco en la evolución histórica de la quiebra ha sido para ver mejor como esta figura no se ofrece hoy - como un proceso entera y directamente encomendado a los órganos jurisdiccionales sino que en él intervienen otros que carecen de tal carácter, especialmente los propios acreedores.

5.2.- Órgano jurisdiccional, comisario, Depositario o Depo- sitario -administrador, sindicos, Junta general, acreedor y deudor.

En cuanto al órgano jurisdiccional (Juez de primera instancia que sea competente según las reglas 8ª y 9ª de la Ley de Enjuiciamien- to Civil) corresponde no solo a la declaración de la quiebra (artículo -- 1318 -2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino presidir y dirigir todas las operaciones de la quiebra hasta su clausura. En nuestro derecho - la gestión y la liquidación del patrimonio en quiebra se realiza dentro - de un juicio, el juicio universal de quiebra. De ahí que el Juez desem- peñe una función compleja, de índole unas veces predominantemente ad ministrativa y otras exclusivamente judicial.

A la primera clase pertenecen las providencias unidas a la declaración de quiebra (artículo 1333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); la orden de formación de balance general (artículo 1341); la convocatoria de las juntas de acreedores (artículos 1378, 1390); la separación de los síndicos por providencia que la misma ley llama "administrativa" (Artículos 1348 y 1349); la autorización de gastos extraordinarios (artículo 1360) las providencias convenientes en beneficio de la masa (art. 1362), y la aprobación del convenio (artículo 1369).

A la segunda clase pertenece la declaración de quiebra y la resolución del incidente sobre su reposición (artículos 1325 a 1331 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); la resolución de los agravios contra las cuentas de la sindicatura (artículo 1364); La resolución del incidente sobre la aplicación del artículo 879 del Código de Comercio (art. 1371 a 1374); la resolución de los agravios en materia de examen y reconocimiento de créditos (artículo 1380) ; la calificación de la quiebra (artículo 1384) y la resolución del incidente en su caso (artículo 1385); la resolución sobre rehabilitación del quebrado (artículo 1388), y la resolución de la oposición al convenio (artículo 1395).

La complejidad de la misión judicial en los juicios universales de quiebra se invoca por el D.L. de 17 de julio de 1.947, para justificar la autorización que en el mismo se establece a favor de la Sala de Gobierno del T.S. para que, en caso excepcionales, por su propia iniciativa, o cuando lo ordene el Ministerio de Justicia, o lo proponga el Presidente de alguna Audiencia Territorial, o lo solicite el Fiscal del Supremo y estime fundada la propuesta o solicitud, respectivamente, pueda nombrar jueces especiales civiles para la sustanciación y resolución en primera instancia de juicios universales que por el numero de persona, por la cuantía de los intereses o que afecten o por otras circunstancias extraordinarias que en ellos concurren, considere necesario o conveniente tales nombramientos para la más --

acertada y cumplida administración de justicia.

La ley ha previsto la imposibilidad práctica de que el propio Juez realice todos los actos de gestión que reclaman las operaciones de la quiebra. A esta necesidad responde el nombramiento de un comisario, llamada en el Código antiguo "juez comisario" para destacar el carácter de delegado de la autoridad judicial (artículo 1333 de la Ley procesal).

Es de destacar que mientras para SANCHEZ CALERO (142) el carácter del comisario es de delegado de la autoridad judicial para nosotros, siguiendo la terminología de ALMAGRO NOSETE, FENECH Y PRIETO CASTRO (143) le asignamos el carácter de colaborador del órgano jurisdiccional.

El comisario es, pues, un colaborador del Juez. Es nombrado por éste y ha de ser un comerciante de la localidad (artículo 1044 -- del C. de C. 1929). Tiene funciones de asesoramiento respecto al propio Juez, al que ha de tener informado sobre la marcha de la quiebra, que el comisario vigila, Toma decisiones sobre la ocupación y conservación de los bienes, preside la Junta de acreedores, examina la contabilidad y, entre otras funciones inspecciona las operaciones de los órganos de administración de la quiebra (art. 1044 citado).

MIGUEL FENECH define al Comisario de la quiebra como la persona capaz procesalmente que de modo preceptivo debe designar el Juez que conozca de un proceso concreto de quiebra, y que acepta, con carácter gratuito, la carga de realizar actos procesales de impulso y resolución de procedimiento, vigila y tutela los intereses de las partes y comunica al Juez las cuestiones que promuevan y le propone su solución.

El estudio de la capacidad procesal del Comisario de la -- quiebra le lleva a este autor a hacer una previa distinción de sus presupuestos con genéricos y específicos, entendiendo por los primeros a aquellas circunstancias que deben concurrir en la persona del Comisario antes de su nombramiento, cualquiera que sea el carácter mercantil de la empresa que se halle en la situación prevista por la ley para que sea declarada su quiebra; y, por los segundos, los que deben concurrir en la misma persona según que se trate de una empresa no - dedicada al negocio de seguros o que por el contrario se trate de una entidad aseguradora.

Para que una persona pueda ser nombrada Comisario de una quiebra es necesario que se halle en el pleno ejercicio de sus dere--chos civiles es decir, que concursa en la misma plenitud jurídica de los capaces según el Derecho privado: mayoría de edad, sanidad mental, y ausencia de cualquier impedimento físico o jurídico para el libre --ejercicio de sus derecho civiles.

Son presupuestos específicos de la capacidad procesal del Comisario de la quiebra aquellas circunstancias que deben concurrir en la persona y que condicionan su aptitud legal para desempeñar el cargo. De ahí el que hayamos de precisar unos determinados supuestos, - a saber:

Salvo cuando la empresa mercantil tenga el carácter de entidad aseguradora, la aptitud para desempeñar el cargo de Comisario de la quiebra exige que concursa en el designado la calidad de comerciante matriculado, que ejerza su comercio en la localidad donde tenga su sede el Juzgado de Primera instancia competente para conocer - del proceso concreto en que haya de ejercer sus funciones (art. 1333, 1ª y 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por el comerciante matriculado hemos de entender el que se halle dado de alta en el pago de la licencia fiscal, calidad ésta que ha venido a sustituir a la de la inscripción en la matrícula de comerciantes a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo prevé la Ley si el comerciante ha de ser individual o -- puede ser nombrado un ente colectivo o social. Entendemos que como -- la Ley no distingue, no nos es lícito excluir en principio al comerciante social; ahora bien, como la capacidad procesal de estos entes exige que su actuación procesal se realice mediante sus órganos directivos quienes a su vez tienen la calidad de comerciantes como tales, éstos y no la sociedad como ente jurídico serían los que obtendrían el nombramiento y con su aceptación la calidad de comerciante de la quiebra. Por otra parte, aunque capaces procesalmente las sociedades mercantiles para desempeñar el cargo de Comisario, quizá faltaría a estas el requisito de la idoneidad que legitima su actuación y que condiciona su nombramiento.

Cuando la empresa que se halle en situación de quiebra sea una entidad aseguradora, se establecen en la Ley unos presupuestos específicos condicionantes de la capacidad procesal del Comisario que haya de ser nombrado distinto de los que han de concurrir en los demás -- casos que acabamos de estudiar, ello se debe a la especial complejidad de las operaciones mercantiles realizadas por las entidades dedicadas -- al ramo de seguros, así como por la especial protección legal que en régimen público de estas empresas se dedica a los asegurados en ellas. Estas razones determinaron una modificación del precepto legal relativo a la capacidad procesal del Comisario, al que se agregó un párrafo que contiene las normas que determinan su capacidad procesal.

Cuando se declare la quiebra de una entidad aseguradora, sea persona individual o colectiva, cualquiera que sea la rama de seguros o reaseguros a que se dedique, el nombramiento de Comisario de la misma habra de recaer en uno de los inspectores del Cuerpo Técnico de Inspección Mercantil y de Seguros, o en un Aspirante del mismo Cuerpo (artículo 1333-3º; redacción del Decreto de 10 de noviembre de 1924).

El estudio del problema de la legitimación procesal del Comisario de la quiebra comprende dos cuestiones: de una parte el conocimiento de sus presupuestos, de otra el título de su legitimación; a su vez, los presupuestos exigen la distinción entre los que condicionan la idoneidad y los que condicionan el nombramiento judicial.

La propia Ley de Enjuiciamiento Civil establece de manera taxativa los presupuestos determinantes de la legitimación procesal del Comisario de la quiebra, es decir, las condiciones para llevar a cabo validamente, con plena eficacia jurídica, los actos procesales, que ha de llevar a cabo en un proceso concreto.

La idoneidad de la persona para el cargo, cuya apreciación queda al arbitrio del Juez competente, viene determinado por un doble orden de factores: de un lado, en el aspecto positivo, una cierta aptitud específica (distinta de la capacidad procesal) para desempeñar el cargo en un proceso concreto de quiebra, para la determinación de la cual es preciso tener en cuenta por el Juez, de una parte, las circunstancias objetivas de la empresa mercantil de cuya quiebra se trate (objeto sobre que versen sus operaciones, mayor o menor complicación de sus elementos mercantiles, personales, capital etc); de otra, y en vista de las objetivas, las circunstancias subjetivas de capacidad técnica de la persona que ha de asumir las delicadas funciones que viene encomendadas al Comisario, que exigen además del

designado una intachable conducta moral y concepto de la responsabilidad de su función que deben ser exquisitamente apreciadas por el Juez; de otro, en el aspecto negativo, que no concurren en el Comisario ninguno de los presupuestos negativos que condicionan la legitimación procesal del personal jurisciente de los Tribunales, ya que aunque en la Ley no se dice de manera expresa, no hay duda de que por el especial carácter que hemos estudiado del Comisario, podría ser este recusado, como puede serlo el propio Juez competente para conocer de la quiebra. En previsión de estas hipótesis la ley de Enjuiciamiento Civil establece que a falta de persona idónea el Juez mismo asume las funciones encomendadas al Comisario (art. 1333, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Otro de los presupuestos de la legitimación procesal del Comisario es el nombramiento Judicial: nadie puede efectuar válidamente actos procesales en un proceso concreto de quiebra en calidad de Comisario si no ha sido previamente designado y precisamente por el Juez competente para conocer del proceso de que se trate. Este nombramiento puede ser inmediato, según que el Juez asuma directamente la responsabilidad de la designación o que se limite a otorgar el nombramiento a quien venga previamente designado por el organismo competente.

Salvo que se trate la situación de quiebra de una empresa, - corresponde al Juez la valoración de la capacidad procesal y de las condiciones personales y concretas que hacen apto a una persona capaz procesalmente para ser designado Comisario en un proceso determinado de quiebra. Este nombramiento habrá de hacerse en la misma resolución (auto) en que se declara la quiebra. El nombramiento tiene un doble carácter de preceptivo en cuanto a que el Juez no puede sustraerse a la obligación de nombrarlo (carácter necesario), y de voluntario

luntario en cuanto que el Juez es libre para nombrar la persona que estime apta para el cargo concreto de que se trate (carácter voluntario) que se acentúa más aun, llegando incluso a predominar sobre el anterior, cuando por falta de persona idónea sea el propio Juez quien asuma esas funciones, puesto que el Juez mismo quien ha de valorar esta idoneidad.

Llama FENECH nombramiento mediato al que hace el Juez de primera instancia a favor de la persona que haya sido designada para este cargo por la Dirección General de Seguros cuando se trate de la quiebra de una entidad aseguradora. Es sabido que en este caso el Juez oficiará a la Dirección General encomendándole que haga la designación del Inspector del Cuerpo Técnico de Seguros en -- quien deba recaer el cargo de Comisario, y la comunique al Juzgado, a fin de que éste pueda extender su nombramiento y comunicárselo -- (art. 1333, 3º, redacción decreto de 10 de noviembre de 1924). En realidad, en este caso el Juez se limita a aceptar la designación hecha por el órgano competente, acentuándose el carácter necesario -- hasta el punto de desaparecer el carácter voluntario.

El título de legitimación del Comisario de la quiebra está -- constituido por el documento que en forma de oficio contiene su nombramiento suscrito por el Juez de primera instancia competente para conocer del proceso concreto de quiebra en que aquél ha de desempeñar su cometido (art. 1334 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Este oficio -- credencial debe contener, además de las circunstancias que identifican el proceso concreto de que se trate, copia de la parte de la resolución que afecte o contenga el nombramiento de Comisario, su fecha y el nombre y domicilio del persona designada.

El estudio del deber de la actuación procesal del Comisario de la quiebra comprende tres temas a desarrollar: el origen, el ejercicio y la extinción del deber.

Entiende el autor por origen del deber de la actuación procesal del Comisario de la quiebra, en quien concurren los presupuestos que condicionan su capacidad y su legitimación procesal, la asunción del deber por el designado, que se logra y perfecciona mediante la aceptación por éste del cargo y la comunicación de esta aceptación del Juzgado.

La libre aceptación del deber por el designado constituye la fuente del deber asumida por el Comisario, pues, desde este momento pospone su propio interés al de la función que asume.

Al comunicar a la persona designada su nombramiento de Comisario deberá éste acusar recibo del oficio de designación, y previa comparecencia personal en el Juzgado, aceptar o rechazar el nombramiento. No establece la Ley de Enjuiciamiento Civil que el cargo sea obligatorio y, portanto hemos de establecer que no puede serlo y concluir que su desempeño esta subordinado a la aceptación del designado.

La negativa del designado a aceptar el cargo debe ser comunicada al Juzgado inmediatamente de recibir la noticia oficial de su nombramiento, lo mismo que la aceptación, y da lugar a que el Juez competente proceda a elegir y designar otra persona en quien concurren los presupuestos de capacidad procesal, sin demorar su resolución ni menos posponerla a discusión alguna, que no debe ser admitida en el caso de que se plantease, rechazando de plano cualquier intento en es tes sentido, ya que de otra manera quedarían enervadas las urgentes -

medidas que deben ser tomadas por el Comisario y de las que en gran parte dependen la eficacia de este procedimiento

La aceptación (y lo mismo la negativa) debe hacerse constar por medio de diligencia extendida por el Secretario en los autos teniendo a su presencia al nombrado Comisario, quien lisa y llanamente, declarará su voluntad de aceptar el cargo para el que se le designa, o dará las razones que justifiquen su negativa a asumirlo, firmando con el Secretario que dará fe.

Nuevo órgano es el depositario (unas veces) o depositario-administrador (otras veces), sin carácter auxiliar directo del órgano jurisdiccional, pues su cometido es según la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1173-2º) cuidar de la conservación y administración de los bienes de que se desposea el deudor común, figurando como facultad especial la de incrementar el activo mediante el cobro de los créditos que pueda tener a su favor el quebrado, como también la de proponer y llevar a cabo la venta (antes del nombramiento de síndicos) de los bienes (muebles) que sean perecederos o que no se puedan conservar (artículo 1181).

Se trata de un cargo provisional para atender a las primeras necesidades que surjan en los órdenes indicados, pues los genuinos administradores de la masa de la quiebra son los síndicos y mientras éstos son elegidos, asume el importante cometido de "representar a la quiebra hasta que los (dichos) síndicos tome posesión de sus cargo (Art. citado).

La Sindicatura es el órgano que componen los síndicos. La

existencia de la Sindicatura es una elocuente muestra de la interven^{ción} de los acreedores en el proceso de ejecución general, según antes quedó indicado.

Los Síndicos son nombrados en número de tres por los proprios acreedores de entre ellos (ver art. 1067 C. de C. de 1829) y 1436 Ley de Enjuiciamiento Civil) su designación realizada por la Junta de acreedores, puede ser impugnada por el deudor o por los acreedores no asistentes a la Junta (art. 1347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Las funciones de los tres síndicos (que la Ley de Enjuiciamiento Civil sputa necesarios y suficientes, integrantes de la Sindicatura) se hallan recogidos en lo esencial por dicha Ley: representar a la quiebra en juicio y fuera de él; administrar los bienes de la misma - y custodiar los elementos de contabilidad del deudor; recaudar el importe de los créditos a favor de la masa y pagar lo necesario para la conservación de ésta; consecuentemente con el criterio antiguo de eliminar a toda costa el comercio o la industria del deudor, "procurar la enajenación y realización de todos los bienes, derechos y acciones - de la quiebra en las condiciones más ventajosas y con las formalidades del Derecho" (quiere decir de la Ley) y gestionar todo lo necesario - para la convocatoria y celebración de los diversos Juntas de acreedores que sean necesarias (artículos 1218 de la Ley de Enjuiciamiento - Civil).

Tanto respecto del depositario, administrador como de los - síndicos la Ley de Enjuiciamiento Civil establece los requisitos de idoneidad, las responsabilidades, los derechos y la retribución, como - también las obligaciones, entre las que figura como muy importante la presentación de cuentas.

El órgano no jurisdiccional más importante que funciona en el proceso de quiebra es la junta general de acreedores, nueva y decisiva manifestación de la ingerencia de los acreedores en el proceso de quiebra, que se viene justificando con la alegación de que la comunidad que ellos forman puede coadyuvar al órgano jurisdiccional para que se logre el triunfo de la justicia distributiva, insista en la regla por *conditio creditorum*.

La junta se compone de los acreedores que, *prima facie*, acrediten que son tales, sin perjuicio de que en la junta de reconocimiento se les pudiera negar esa calidad.

La Ley de Enjuiciamiento Civil previa una serie de juntas preceptivas o necesarias y contempla otras que pudieran serlo (por ejemplo, para discutir y aprobar un convenio que proponga el deudor a sus acreedores, artículo 1392 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Las juntas preceptivas son cuatro: la destinada al nombramiento de los síndicos (art. 1346 L.E.C.), la que se ocupa del examen y reconocimiento de los créditos (art. 1101 C. de C. de 1829); la que tiene por finalidad la graduación de los créditos (art. 1101 de los créditos (art. 1266 L.E.C.), y la que ha de examinar y censurar las cuentas que deben presentar los síndicos o rendición de cuentas de los mismos (art. 1364 L.E.C.).

Aunque en lo esencial, el procedimiento a seguir en cada junta es igual, se muestran en ellas las particularidades que impone el objeto al que cada una se destina.

En este momento hay que aludir a la primera junta general o de elección de síndicos. Por ser la primera ha de estar procedida de la confección del censo o lista de los acreedores. Es presidida por el Comisario o por el Juez y después del examen de los poderes

de los acreedores, que han delegado en otra persona, se da cuenta - del balance y de la memoria sobre las causas de la quiebra y de la - situación económica de la misma, procediéndose seguidamente a la - elección de dos y de uno de los síndicos, mediante dos votaciones que garanticen la representación de la mayoría y la minoría.

La imposición de cuatro juntas generales, por lo menos, -- constituye, como acertadamente señalan ALMAGRO NOSETE, M FENECH y LEONARDO PRIETRO CASTRO (144), un grave factor de - dilación y gastos, gravísimo si se trata de la quiebra de un empresario individual o colectivo con un gran número de acreedores. Cualquier reforma del proceso de ejecución general que se intente ha de simplificar esta complicación, aunque sea a costa de una mayor oficialidad del procedimiento, con una más reducida intervención de los acreedores o una representación simbólica de éstos en los diversos - actos que se realizan en cada junta.

Independientemente de la legitimación que cada acreedor posee para figurar en las juntas generales de ellos, a partir de la primera, cada uno de los mismos ha de ser contemplado individualmente - en cuanto que es o se puede considerar titular de un Derecho de crédito privativo, que ha de insumar, formando las reclamaciones y los recursos que sean procedentes en el caso de que no le sea reconocido o lo sea por una suma menor de la que crea corresponderle. Y, - siéndole reconocido, se le provee del título que le permite participar de los dividendos que se vayan repartiendo, a medida que se obtiene numerario, directamente o por la realización de bienes y derechos del deudor.

La figura de más complicada fisonomía en el proceso de ejecución general es el deudor, quebrado cuando se trata del proceso de quiebra.

Lo primero que sucede en relación con él es que despierta la sospecha inmediata de una mala gestión de su negocio y el temor por la suerte de los bienes que han de constituir el activo del proceso. Y de aquí la primera medida que el Código de Comercio hace recaer sobre el deudor: "Declarada la quiebra, el quebrado quedará - inhabilitado para la administración de sus bienes" (artículo 878-I Código de Comercio). Con esta fórmula se dice que el Código establece lo que se ha venido en llamar por los mercantilistas el "desapoderamiento" y que tal vez mejor diríamos la inhabilitación para la administración y la disposición de los expresados bienes, que tan luego - es declarada la quiebra pasan al depositario- administrador y después a los síndicos, bajo la vigilancia del comisario y, en todo caso, con la supervisión del órgano jurisdiccional, en beneficio de los acreedores interesados.

Este "desapoderamiento" es la primera medida cautelar que se adopta frente al declarado en quiebra y ha sido delimitada por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la privación de facultades que entraña se limita al ámbito estrictamente mercantil, no - extendiéndose a la esfera privada del deudor, y en tal sentido se ha pronunciado, como no podía menos, La Sala Primera del Tribunal Supremo.

El deudor común no solamente se hace responsable en el - aspecto patrimonial frente a sus acreedores, sino que, según la calificación que se da a la quiebra, puede incurrir en responsabilidad penal. Desde el punto de vista patrimonial podría intentar burlar, en alguna medida, los derechos de los acreedores, sustrayendo bienes a la masa por todos los procedimientos imaginables; y una actitud análoga podría adoptar en cuanto a dicha responsabilidad penal. Por esto, la Ley, sin distinguir entre una y otra clase de responsabilidad, -- junto a las medidas aseguratorias reales que antes hemos mencionado

adopta otras que atañen a la persona misma del deudor, ya en el auto de declaración de quiebra estableciendo que unas de las "disposiciones" a adoptar por el Juez sea " el arresto del quebrado en su casa, si diere en el acto fianza de cárcel segura; y en defecto de - darla, en la cárcel" (art. 1044 2º del Código de Comercio de 1829). La redacción del texto es propia de la época de que procede (esto es, de hace cerca de siglo y medio), pero está claro que se refiere a una medida cautelar de carácter penal sobre la persona, sustituible por fianza, en los términos orientadores de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 530 y siguientes) y más especificados en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1335 y 1336) que contempla el importante extremo de la "cantidad y calidad de la fianza, las obligaciones del fiador y el modo de hacerlas efectivas en los casos en que proceda" mediante una remisión a la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como se observa se trata de una rigurosa medida que lleva en sí el peso de una dilatada herencia histórica y la negación del principio (no compartido por todos los juristas) de que en los tiempos actuales no es admisible la prisión por deudas, ora sea preventiva, ora sea sancionadora.

Lo hasta aquí expuesto nos muestra que el deudor que incurre en quiebra es sujeto pasivo del proceso; pero junto a esta afirmación se debe hacer la salvedad de que la Ley no lo trata así - en todo momento ni en relación con todas las secuencias del proceso de quiebra, pues, en efecto, la Ley concede la facultada de presenciar los actos de ocupación de bienes, asistir a las juntas que celebren, observar la apertura y lectura de la correspondencia y el examen de la contabilidad por el comisario o impugnar el nombramiento

de síndicos, designar peritos para el justiprecio de los bienes de la masa activa, ejercer acción contra dichos síndicos, por las causas legales, impugnar los acuerdos de la junta de reconocimiento de créditos, intervenir en la calificación de la quiebra (a efectos penales: si fortuita, culpable o fraudulenta), impugnar la cuentas finales de los síndicos y, desde luego se halle legalmente legitimado para intentar algo tan personal como es su propia rehabilitación y para solicitar la negociación de un convenio con los acreedores, entre otras - facultades menos importantes.

Esta mención de facultades y derechos atribuidos al deudor constituye una prueba de que no obstante, el peso de la tradición en orden a la imposición al deudor común de un trato de mayor rigor, la Ley española, aun antigua, respeta multitud de derecho de és, y en medida que no se conoce en otros sistemas jurídicos.

Aludamos, por último, a la importante colaboración que se impone al deudor para ilustrar a los órganos de la quiebra y a los acreedores sobre su estado económico y número de clase de estbs, - consistente en la confección del balance general del negocio, y en - caso de no prestarla, actúa un "comerciante experto" para que lo forme.

6. - SECCIONES O PIEZAS SEPARADAS DE LA QUIEBRA.

El artículo 1321 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el procedimiento sobre las quiebras de los comerciantes se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones a cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que se subdividirá en los ramos -

que sean necesarios para el buen orden y claridad del procedimiento y para que este se curse con la rapidez posible, sin entorpecerse -- por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez.

Por consiguiente, el procedimiento sobre las quiebras de -- los comerciantes, ha de dividirse en cinco secciones, formando una pieza separada por cada una de ellas, de acuerdo con el artículo 1322 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la denominación de:

Pieza 1ª que trata de todo lo relativo sobre declaración de quiebra, en la cual ha de tramitarse todo lo conserniente a dicha de-- claración y ejecución de lo acordado en el auto que ponunció tal es-- tado, así como la celebraación de la primera Junta de acreedores para nombramiento de los síndicos, la posesión y juramento de éstos, inci-- dencias sobre su reparación y renovación, las acumulaciones, las -- cuestiones de competencia y el convenio entre los acreedores y el que brado.

Pieza 2ª SOBRE LA ADMINISTRACION DE LA QUIEBRA, en la cual han de practicarse todas aquellas actuaciones que indica su -- denominación, entre ellas la ocupación de la quiebra. Por exigencia de nuestro trabajo volveremos, en breve a ocuparnos de esta pieza 2ª.

Pieza 3ª Denominada de retroacción de la quiebra, es com-- presiva de las actuaciones encaminadas a retraer a la masa de la quie-- bra aquellos bienes que se encuentren en alguna causa de retroacción.

Pieza 4ª. Relativa al examen, graduación y pago de los cre-- ditos contra la quiebra, abarcarán las actuaciones que tienen como su propio nombre indica a reconocer, examinar y graduar los créditos,

por lo que en ella ha de tener lugar la convocatoria y celebración - de las Juntas de acreedores para dicho reconocimiento y graduación de créditos, y, finalmente, pago a los acreedores.

Pieza 5ª.- Concierne a la calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado, debiendo contraerse a aquellas actuaciones que tiendan a demostrar la actuación y conducta del quebrado - para determinar las causas que le llevaron a tal situación, depurando su comportamiento para, de esta forma, poder dictar la resolución pertinente, que puede ser una de las tres siguientes: 1ª, declarar fortuita la quiebra; 2ª calificarla de culpable, en este caso, con o sin responsabilidad penal, y 3ª estimarla fraudulenta.

Las dos primera piezas enunciadas deben formarse al declararse la quiebra, y las otras tres, una vez que los síndicos nombrados hayan tomado posesión y jurado el cargo.

Entendemos que hasta que el auto que declare la quiebra no sea firme, no deben practicarse otras diligencias que las relativas a la persona y bienes del quebrado, no siendo por tanto, procedente celebrar la primera Junta de acreedores.

Además de dichas piezas se formarán cuantos ramos separados sean precisos para tramitar aquellas peticiones que se artículen, que aún siendo de interés a la quiebra, no guarden abiertamente relación de modo expreso con ninguna de las piezas; de este modo se cumple el propósito de la Ley de desembarazar el procedimiento y evitar, - en el caso de apelarse contra la resolución que recaiga, la remisión - de la pieza original, cuando esta podría ser necesaria en el Juzgado para continuar las actuaciones. Para evitar esto, es por lo que el referido artículo 1321 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que las -

piezas se subdividirán en los ramos que sean necesarios para el buen orden así como que se cursen con la rapidez posible, sin entorpecimientos por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez, dicho artículo deja al Juez en libertad de criterio para que pueda determinar, teniendo en cuenta lo en el mismo dispuesto, cuando el incidente ha de tramitarse en el ramo separado de la pieza a que se refiere.

Hemos querido hacer una pequeña referencia a las diferentes piezas separadas de la quiebra de los comerciantes, sin perjuicio de volver ahora, por razón de nuestra tesis, a la pieza 2ª sobre la Administración de la quiebra, con la extensión y minuciosidad necesaria a cada una de las actuaciones que en ella se deben practicar.

7. - LA PIEZA DE LA ADMINISTRACION DE LA QUIEBRA.

Esta pieza ha de formarse seguidamente que se dicte el auto declarando la quiebra, por cabeza de la cual ha de ir testimonio de dicho auto, y en ella ha de ir testimonio de dicho auto, y en ella ha de practicarse la diligencia de ocupación de los bienes, inventario y todas aquellas que tiendan a realizar esos bienes y su liquidación (artículo 1350 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y números 3, 4, y 5 - del artículo 1040 del Código de Comercio).

El término "administración" se usa en un sentido muy lato en el derecho positivo, pues incluye actos de la más variada clase: - desde la ocupación de los bienes y libros y documentos del deudor, como medida de aseguramiento, hasta la realización de los bienes por medio de su venta, y pago a los acreedores, pasando por los - de ordenación de los gastos para la quiebra, en general, y actos - para el cumplimiento de los contratos que interesen a la misma.

Pero la administración en sentido estricto comprende los - actos que los síndicos (y antes, en cuanto fuese menester, el depositario) han de realizar cumpliendo la obligación que les incumbe, bajo su responsabilidad de conservar y administrar con diligencia los - bienes de la quiebra, procurando que produzcan las rentas, productos y utilidades que correspondan, hasta realizar su venta, siendoles aplicables las disposiciones establecidas para la administración del - abintestato.

Las actuaciones que en esta pieza se deben practicar son:

7. 1.- Ocupación de los bienes de la quiebra.

La ocupación se halla regulada en el Derecho positivo español conforme a las normas del artículo 1046 del Código de Comercio de 1829. La ocupación de los bienes del quebrado tendrá efecto en la forma siguiente:: Todos los almacenes y depósitos de mercancías y -- efectos del quebrado quedarán cerrados bajo dos llaves, de las cuales tendrá una el comisario y la otra se entregará al depositario. Se formará inventario del dinero, letras o pagarés y demás documentos de crédito pertenecientes a la masa y se pondrán en un arca con dos llaves, tomándose las precauciones convenientes para su seguridad - y buena custodia. Los bienes muebles del quebrado que no se hallen - en almacenes en que puedan ponerse sobre llaves y los semovientes - se entregarán al depositario bajo inventario, dejándose al mismo quebrado la parte de ajuar y ropa de uso diario que el comisario estime prudentemente que le son necesarias (parte de beneficium competentiae). Los bienes raíces se pondrán bajo la administración interina del depositario, quien recaudará sus frutos y productos, y dará disposiciones convenientes para evitar cualquier malversación. Con respecto a los

bienes que se hallen fuera del pueblo del domicilio del quebrado, se practicarán iguales diligencias en los pueblos donde se encuentren, despachándose a este fin los oficios convenientes a sus respectivos jueces; y si los tenedores de estos bienes fuesen personas abonadas y de notoria responsabilidad, atendido su valor, se constituirá en ellos el depósito, excusándose los gastos de traslación a poder de otros sujetos.

Respecto de los libros de contabilidad y materiales documentales, el mismo Código de 1829 dispone que "Igual diligencia (esto es, cierre con dos llaves) se practicará en el escritorio o despacho del quebrado, haciéndose consta en el acto, por diligencia, el número, clases y estado de los libros de comercio que se encuentren, y poniéndose en cada uno de ellos, a continuación de la última partida, una nota de las hojas escritas que tenga la cual se firmará por el Juez y el escribano (Secretario). Si los libros no tuvieran las formalidades previstas por este Código (hoy, el de 1885, con la reforma de 21 de julio de 1973), se rubricarán también por aquellos todas sus hojas" Sobre el modo de practicar estas diligencias, el aludido Código prescribe que "el quebrado u otra persona en su nombre y con poder suyo podrá asistir a estas diligencias, y si lo solicitare se le dará una tercera llave y firmará y rubricará en este caso los libros con el Juez y el escribano (Secretario)". Para ALMAGRO NOSETE, M. FENECH y PRIETO CASTRO (145) se trata de una intervención contradictoria de importancia por las consecuencias que se pueden derivar del mismo modo que llevar los libros de contabilidad.

En cuanto a la correspondencia del quebrado, según el Código establece "se pondrá en poder del comisario, quien la abrirá a presencia de aquel o de su apoderado, entregando al depositario las car

tas que tengan relación con las dependencias de la quiebra, y al quebrado las que sean de otros asuntos. Y, después de hecho el nombramiento de síndicos serán éstos los que reciban la correspondencia, llamando siempre al quebrado o a su apoderado para abrir las cartas que vayan dirigidas al mismo y entregarle las que no pertenezcan a los intereses de la masa. La Ley de Enjuiciamiento Civil - (art. 1339) completa las disposiciones anteriores en materia de apertura de correspondencia.

Para hacer posibles las diligencias de esta clase es necesaria antes la retención de aquella, que se obtiene mediante oficio que se dirige al administrador de Correos, previniéndole que la ponga a disposición del juzgado (artículo 1338 L.E.C.).

De acuerdo, pues, con el artículo 1046 del Código de Comercio, inmediatamente que el Comisario y depositario de la quiebra hayan tomado posesión de sus respectivos cargos, asistidos del Secretario que conozca de ella, se constituirán en el domicilio del quebrado, procediendo a la ocupación de los bienes y papeles de comercio del mismo en la forma que determina este artículo. Para GUASP (146) ocupación vale aquí por embargo, pues el embargo no es otra cosa que la aprehensión y afección, a las resultas de un proceso, de los bienes que han de servir para satisfacer la finalidad del mismo. Es decir que los almacenes y depósitos de mercaderías y efectos del quebrado serán cerrados, y aunque dicho precepto dice que bajo dos llaves, creemos, al igual que SAURA Y JUAN, (147) deben ser tres, como en la práctica se viene haciendo, con mayor satisfacción del quebrado, de las cuales tendrá una el Comisario, otra el Depositario y otra el quebrado, para cuya diligencia debe ser citado, practicándose ésta aunque el quebrado no asista, pero puede apoderar persona que en su nombre concorra; lo mismo se hará en el escritorio o des-

pacho del quebrado, pero haciéndose constar en la diligencia el número, clase y estado de los libros, poniéndose en cada uno de ellos la nota a que dichos artículos se refieren, que firmarán el Comisario y el Actuario, rubricándose por los mismo todas la hojas si los libros no tuvieren las formalidades previstas en el Código de Comercio y se se formará inventario del dinero, letras y demás documentos de crédito pertenecientes a la masa, guardándose los documentos en lugar seguro, y el dinero, alhajas y efectos públicos deben ser depositados en establecimiento autorizado por la Ley para esta clase de depósitos. Los muebles que no se hallen en almacenes en que pueda ponerse sobre llaves y los semovientes se entregarán al depositario bajo inventario, debiéndose dejar al quebrado las ropas de su uso diario y la parte de ajuar que el Comisario estime prudente. Los muebles se pondrán bajo la administración interina del Depositario.

Cuando el todo o parte de la quiebra se hallaren en distinto distrito judicial, debe librarse el oportuno exhorto para la ocupación, que ha de practicarse en la forma que viene acordada en el artículo 1351 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: " Para la ocupación, inventario y depósito de bienes de la quiebra que se hallen en distinto domicilio se expedirán los exhortos conveniente a los Jueces respectivos, poniéndose nota de haberse verificado. Estos deberán remi tir originales las diligencias que practiquen en su consecuencia y ve nidas se unirán a los autos".

Hasta que los Síndicos nombrados tomen posesión de su cargo entendemos que el Depositario tiene la representación de la masa de la quiebra; pero sus actos deben quedar limitados a aquellos que sean imprescindibles, entendiendo por éstos aquellos que de no hacerse durante su actuación pueden irrogar perjuicio a la masa; claro que para ello ha de estar avalado por el Comisario.

7.2.- Forma de ingresar y extraer bienes de la quiebra.

Los ingresos de caudales se efectuarán en "el arca" (hoy establecimiento bancario adecuado a caja de seguridad), conforme a providencia del Comisario, quedando en dicha "arca" los fondos necesarios para las atenciones de la quiebra, y el metálico restante y efectos públicos se ingresan en la Caja General de Depósitos, registrándose en un cuaderno separado todos los ingresos, semanalmente.

Todas las extracciones que se hagan de los almacenes y del "arca" del depósito de efectos, dinero, letras, pagarés y de más documentos de crédito pertenecientes a la masa (y también es de entender, las extracciones de la Caja General de Depósitos),, deben ir precedidas de una providencia formal del comisario.

Tanto, pues, para la extracción que se haga de los efectos pertenecientes a la masa como para hacer ingresos de caudales, es necesario providencia formal del Comisario, con señalamiento del día y hora y citación del depositario y quebrado. Reunidos en el escritorio de éste y sitio donde se encuentre el "arca" de depósito, se abrirá con la llave que cada uno de los concurrentes tengan en su poder y se extraerá el dinero o documento pedido, acreditándolo por diligencia en la que convendrá indicar el número bajo el o cual figura inventariado el documento o dinero extraído. Esta diligencia estará firmada por el Comisario, el Depositario y el Actuario.

Creemos que los permisos que pueda dar el Comisario para las ventas urgentes de los efectos de la quiebra sólo deben referirse a los frutos recolectados de los inmuebles ocupados y a los efectos del comercio que no puedan conservarse, por que se deterioro

ren o corrompan; y con relación a los gastos no debe autorizar otros que aquellos que tiendan a la mera conservación de los bienes de la quiebra y pagos urgentes de su tramitación, y todos ello con la obligación de dar cuenta en el acto de la primera Junta, pues la venta de los bienes de la quiebra como los pagos sólo pueden hacerse una vez que los Síndicos hayan tomado posesión, con informe favorable del comisario, y en cuanto a las ventas mediante subasta pública ante el Juzgado con los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el procedimiento de apremio, excepción hecha de los efectos de comercio, para cuya venta se estará a lo dispuesto en los artículos 1084, 1085, y 1086 del antiguo Código Mercantil. En caso de duda entendemos que éstos también deben ser subastados, por estimar que es el procedimiento de mayor garantía y confianza tanto para el quebrado como para los acreedores, y más cómodo y con menos responsabilidad para la Sindicatura y el Comercio.

A este fin, cuando la Sindicatura desee vender los bienes de la masa o parte de ellos, debe exponerlo al Comisario, quien con su informe lo solicitará del Juzgado, y por éste se debe acordar la subasta si es procedente por los trámites del referido procedimiento de apremio.

Al quebrado ha de darse conocimiento de la designación de perito que haga la sindicatura para el avalúo de los bienes, con el fin de que dentro del segundo día pueda designar otro por su parte; si no hiciere uso de este derecho debe comunicárselo al Comisario para que este lo designe.

No puede hacerse ningún gasto fuera de los expresados si no es en virtud de providencia judicial. Claro que estos gastos no se refieren a los de tramitación de la quiebra, ya que es obligado hacerlos efectivos para evitar la cuenta jurada que de no hacerlo

podiera derivarse.

7.3.- Formación del inventario y entrega de los bienes a los Síndicos.

Así que acepten el cargo los Síndicos de la quiebra y juren desempeñarlo bien y fielmente, se traerá a esta pieza testimonio de su nombramiento, y expresadas aceptación y juramento, acordándose en seguida la formación del inventario general y entrega a los mismos del haber y papeles de la quiebra en la forma prevenida por los artículos 1079, 1080, y 1081 del antiguo Código de Comercio, artículo 1355 de la L.E.C.).

Estos artículos del antiguo Código de Comercio dicen así: "nombrados que sean los síndicos y puestos en ejercicio de sus funciones, procederá el inventario general y formal de todos los bienes, efectos, libros, documentos y papeles de la quiebra, que autorizará con su asistencia el comisario. Los bienes y efectos que estén en manos de consignatarios, o que por cualquier otra razón se hallen en pueblo distinto de donde esté radicada la quiebra, se comprenderán en el inventario por lo que resulte del balance, libros y papeles del quebrado, con las notas que corresponda, según las contestaciones que se hayan recibido de sus tenedores o depositarios. (art. 1079). - El quebrado será citado para la formación del inventario, y podrá asistir a ella por sí o por medio de apoderado. (art. 1080); Formalizado el inventario, se hará la entrega a los síndicos de todos los bienes, efectos y papeles comprendidos en él bajo recibo, expidiéndose por el comisario los oficios convenientes para que se pongan a disposición de los mismos síndicos los bienes y efectos que se hallen en otros pueblos.

Conviene recordar a este propósito, como señala RIVES Y MARTI (148), que en las diligencias de ocupación inmediata a la declaración de quiebra no se formaliza inventario más que del dinero, letras, pagarés y de más documentos de crédito y el de los muebles y semovientes que no han podido cerrarse y sobre llevarse. Con respecto a los almacenes y depósitos de mercancías, se concretan aquellas diligencias a cerrarlos con sobre llaves, y ahora que no hay ya la premura que entonces, es llegado el caso de que se abran dichos almacenes y depósitos y reconociéndolos se vea lo que hay en ellos formando un inventario general de todo, que comprenderá no sólo los efectos, libros y papeles que se tengan presentes, sino también los que se encuentren en pueblos distintos, que se describirán conforme a las contestaciones que hayan dado sus acreedores.

Según la jurisprudencia el auto por el que se acuerda que los bienes de la quiebra queden en persona distinta de los Síndicos no tiene el carácter de definitivo a los efectos de poderse interponer contra el mismo el recurso de casación (sentencia de 21 de junio de 1905).

La sindicatura de una quiebra tiene las funciones de administración de los bienes y pertenencias, recaudación y cobranza de todos los créditos de la masa que le confieren los artículos 1079 y siguientes del Código de Comercio de 1829; pero a los Síndicos no corresponde derecho alguno de representación de los derechos que asistiran al quebrado antes de venir a dicha situación jurídica (sentencia de 28 de abril de 1930).

A este respecto tenemos que decir que como los Síndicos han de ser nombrados en la primera Junta General de acreedores, cuya acta ha de extenderse en la pieza primera de la quiebra,

donde también han de aceptar y jurar el cargo, una vez que esto ocurra deben traerse a la pieza segunda testimonio del nombramiento, aceptación y juramento y dar cuenta al Juez, quien acordará mediante providencia la formación del inventario general de los bienes, libros y papeles y su entrega a los Síndicos.

Creemos, al al igual que SAURA JUAN, (149) que una vez hecho lo anteriormente expuesto el Comisario debe señalar día y hora para dar principio al inventario de referencia, para cuyo acto, y con la antelación necesaria, deberán ser citados el Depositario, los Sín-dicos y el quebrado, que podrá asistir por sí o por medio de apoderado; pero aun cuando no asista a la diligencia se llevará a efecto. A medida que los bienes se vayan inventariando se irán entregando a los Síndicos, y si no pudiera acabarse en un día continuará la diligencia en los sucesivos, pero extendiéndose una diligencia cada día, que finmarán todos los concurrentes, en la cual debe hacerse el señalamiento para continuar y darse por citados los cocurrentes. Las demás formalidades aparecen con claridad en el artículo 1079 del Código de Comercio.

Cuando los bienes o parte de ellos se encuentren en pueblo de otro distrito judicial, para el inventario y entrega a los Síndicos debe expedirse el oportuno exhorto, como en la ocupación se hizo; debiendo tanto los Síndicos como el Comisario y Depositario constituirse en el Juzgado exhortado para que por ante el Actuario de dicho Juzgado hacer el inventario y entrega. Una vez inventariados los bienes, en poder de los Síndicos, éstos pueden trasladarlos al lugar donde la quiebra se tramite.

7.4. - Examen e impugnación de las cuentas presentadas -
por el Depositario.

Dispone el artículo 1356 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en el examen e impugnación de las cuentas presentadas por el depositario, se procederá según el orden establecido para este asunto en el juicio de concurso, previo el informe del Comisario.

A decir verdad, no sabemos que orden es ese que la Ley de Enjuiciamiento Civil, quiere establecer, porque el único artículo -- que en los concursos se ocupa de este particular es el 1185, y éste, al disponer en su primer párrafo que cesará el depositario el mismo día -- en que los síndicos tomen posesión de su cargo, a quienes hará entrega de la administración y de los bienes puestos bajo su custodia, ordena en el segundo que en los quince días siguientes rendirá cuenta justificada, correspondiendo su aprobación al Juzgado con audiencia de los síndicos. Nada más dice. En cambio se ordena en el artículo 1082 del antiguo Código de Comercio, que el depositario rendirá cuenta formal, y justificada de su gestión a los Síndicos en los tres días siguientes -- al nombramiento de estos. ¿ Cual de ambos preceptos debe aplicarse? A nuestro juicio y como acertadamente indican SAURA Y RIVES Y MARTI el último, porque aun cuando no haga referencia a él la Ley de Enjuiciamiento Civil, hállese en vigor por su carácter procesal. El artículo 1356 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos remite a las disposiciones supletorias del concurso sólo por lo referente al examen e impugnación de las cuentas, que son actos posteriores al de la rendición o presentación de ellas, y al no hacer extensiva a ese acto anterior la cita o referencia de aquel artículo supletorio del concurso, subsiste y es de rigor la aplicación del precepto expreso de la quiebra consignada en el antiguo Código de Comercio, toda vez que el artículo 1319 de

la expresada Ley de Enjuiciamiento Civil coloca a este Código antiguo en primer término para todo lo que no esté previsto (como sucede -- respecto de la rendición de cuentas) en el tit. XIII de dicha ley, que -- trata del orden de proceder en la quiebra; recurriendo solamente a lo dispuesto en el tit. XII, que trata de los concursos en defecto o a falta de disposición expresada en el Código de Comercio antiguo (Primera fuente de derecho) o el citado tit. XIII de la Ley (Segunda fuente -- de derecho).

Entendemos pues, que en lo referente a la rendición de -- cuentas, rige el precepto del artículo 1082 del antiguo Código de Comercio, debiendo por consiguiente, hacerse tal rendición dentro de los tres días siguientes al en que el depositario cese en su cargo, y que para el tramite posterior relativo al examen, impugnación o aprobación, hay que sujetarse a la disposición supletoria del artículo 1185 de la Ley referente a los concursos, según la cual deberá darse audiencia a los -- Síndicos, poniéndoles de manifiesto las cuentas, que se pasarán des-- pués a informe del comisario. Los plazos que se conceden para esta audiencia e informe deberán ser prudenciales, proporcionados a la importancia de dichas cuentas; y transcurridos sin hacerse oposición, o al desestimar los reparos que se hubiesen alegado, el Juez dictará auto aprobando la cuenta y declarando exento de responsabilidad al depositario, acordándose al propio tiempo cancelar o devolver la fianza que hubiere constituido. Si los síndicos impugnasen en tiempo hábil la referida cuenta, se sustanciará esta impugnación con el cuentandante por los tramites establecidos para los incidente, siendo apelable en ambos efectos el auto que resuelva este incidente y recurrible en casación el que pronuncie la Audiencia (artículo 1013, 1014, y 1015 de la Ley, que aunque referentes al juicio de abintestato son de aplicación al concurso).

A este respecto hay que tener en cuenta la sentencia del T.

S. de 6 de julio de 1907 que establece que no procede la casación - fundada en el artículo 1692, número 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil contra el auto que declara decaídos de su derecho a los Síndicos por no haber impugnado las cuentas dentro de los términos que se les señalaron.

Y no se infringe el artículo 1185 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no aprobar las cuentas presentadas por el Depositario de una quiebra por lo incierto del cargo de las mismas (sentencia de 23 de abril de 1910).

Y para terminar diremos que fuera de los gastos de conservación y beneficio de los efectos y bienes de la quiebra, no podrá hacerse otro alguno de ninguna especie, sino en virtud de providencia judicial.

7. 5. - GASTOS PARA CUBRIR ATENCIONES DE LA QUIEBRA.

La gestión administrativa de los síndicos requiere gastos que ha de abonarse con cargo a la masa de acreedores puesto que en su beneficio redondea tal gestión; pero como pudiera abusarse haciendo gastos si no inútiles, superfluos ha creído conveniente la Ley establecer algunas reglas sobre el particular conveniente con su misión de proteger los intereses de los acreedores, sobradamente amenazados con la existencia del juicio universal de quiebra, disponiendo al efecto en su artículo 1357 que también se observará lo que en dicho juicio (de concurso) se haya dispuesto respecto a los gastos precisos para cubrir las atenciones de la quiebra. En cuanto a los gastos

extraordinarios que propongan los síndicos el Juez no los autorizará sin que los califique intractivamente el Comisario, previo los informes extrajudiciales que estime convenientes. Cuando estos gastos no excedan de 5.000 pesetas, bastará la autorización del Comisario (La cuantía de los gastos estaba originariamente en 500 pesetas. Por Ley de - 20 de diciembre de 1952 se elevó a la cifra actual).

La Ley se refiere indudablemente al artículo 123o que preceptúa que el Juez dejará en poder de los Síndicos la cantidad que estime indispensable para atender a los gastos ordinarios del concurso mandando, sacarla del depósito si fuere necesario.

Se tendrán por gastos de dicha clase todos los que exijan la custodia y conservación de los bienes, el pago de contribuciones y cargas a que esten afectos los inmuebles, los pleitos y demás atenciones ordinarias del concurso.

Estos gastos los pueden hacer los Síndicos sin autorización del Comisario y los justificarán con los correspondientes comprobantes en la data de las cuentas que rindan.

Por gastos extraordinarios deben entenderse los que acaso tenga que hacer la sindicatura en reparaciones o cultivos que aumente el valor de las fincas confiadas a su administración. No exce--diendo estos gastos de 5.000 pesetas bastará el permiso de Comisa--rio que habrá de acreditarse por medio de providencia y a solicitud de los síndicos. Excediendo de esta suma corresponde al Juez autorización, pero oyendo antes al Comisario que los califica intractiva--mente, previo los informes extrajudiciales que estime convenientes y

ordinariamente consistirán en oír el parecer de personas peritos acerca de la conveniencia de las obras y de su coste.

Tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios hechos con las formalidades expresadas, no pueden menos de reputarse como de conservación de los bienes, por ser inherente y propios de la administración de los mismos, y en tal sentido afectan a cuantas personas tienen en ellos intereses, sea como propietarios sea como dueños debiendo, en su conveniencia ser considerado el pago de tales gastos con preferencia a cualquier otro crédito ya que en tanto son realizables en cuanto aquellos bienes se conserven y subsistan. Así lo ha delcarado el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de marzo de 1897.

Tambien tiene declarado, que nombrados los síndicos y posesionados de sus cargos, adquieren la representación legítima de los acreedores para la defensa de los bienes de la masa y quedan, -- por consiguiente facultados para suplir los gastos y costas que con este objeto se devenguen durante el procedimiento los cuales deben cobrarse de los bienes de la masa y quedan, por consiguiente facultados para suplir los gastos y costas que con este objeto se devenguen durante el procedimiento los cuales deben cobrarse de los bienes de la masa y que en virtud de la misma representación y como mandatarios en interés de los acreedores, se hallan obligados a rendir cuenta general; obligación que supone desde luego la de que les sean abonados los gastos y costas que se hubieren devengado no siendo impugnados por los acreedores cuyos créditos solamente deben ser pagados hasta donde alcancen los bienes de la masa despues de satisfechos dichos gastos, sin los cuales no hubiera podido regirse y terminarse el procedimiento de que pendía el reconocimiento y graduación de los respectivos derechos de los mismos acreedores; que el pago de dichos gastos y costas es una deuda que debe satisfacerse por los bienes de la --

masa durante los procedimientos y terminados éstos al saldar la cuen
ta general, los suplicados por los Síndicos sin que por eso en tal con
cepto pueda ser calificado ese pago como de preferencia entre los acree
dores, sino más bien una obligación contraída por los mismos al hecer
el nombramiento de los Síndicos y depositar en ellos su confianza (Sen
tencia de 11 de junio de 1.872).

Igualmente se ha declarado que los Síndicos son los úni--
cos representantes de los acreedores y en su poder debe dejarse la su
ma necesaria para pagar las costas y gastos de procedimiento y no --
puede negarse a los Síndicos el derecho a ser reintegrados con los bie
nes de la masa, de las cantidades que hayan destinado al pago de las
costas ocasionadas durante el procedimiento toda vez que habiendo si
do invertidas en utilidad de los acreedores y con el objeto de satisfa
cerle los créditos que en otro caso no hubieran podido hacerse efec
tivas solamente tienen opción los interesados a ser pagados hasta don--
de alcancen los bienes de la masa después de cubiertos dichos gastos
y costas que debiendo satisfacerse unas y otras con los bienes del --
concurso durante el procedimiento es incuestionable el derecho que
asiste a los Síndicos para que se les abones las cantidades que hubie
sen suplido en aquel concepto al rendir cuentas, porque la preferencia
en el pago de dichas costas y gastos es una consecuencia de la obliga--
ción contraída por los mismos acreedores al hacer el nombramiento de
los Síndicos y depositar en ellos su confianza como lo tiene declar--
ado el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de Septiembre de 1872.

Las facultades de representación de los Síndicos se re--
fieren tanto al aspecto contractual como al judicial; representan a la
quiebra en juicio y fuera de él (número 1º, art. 1218 en relación con
el 1319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Las obligaciones contraí
das por los Síndicos frente a tercero dentro del ámbito de su poder --
de representación, tanto mediante contratos nuevos como asumiendo

la ejecución de los que el quebrado pactó son obligaciones de la masa, con su rango peculiar. La representación en juicio se manifiesta en los incidentes sobre reconocimiento y graduación de créditos (arts. - 1381 y 1264 de la Ley Procesal); en la posible cuasa criminal contra el quebrado (Art. 1387); y, sobre todo, en el ejercicio de las acciones de impugnación de los actos del quebrado en periodo sospechoso (art. 1366 y Sgt.). En estos casos los Síndicos harán como representante de la masa de acreedores en su condición de poseedores de los bienes del quebrado y destinatario de su liquidación.

La fatigosa discusión doctrinal acerca de si el Síndico representa al deudor o a los acreedores a uno y otros a la vez, está zanjada en nuestro derecho positivo por las declaraciones terminantes de la Ley: el Síndico es un representante legal de la quiebra y en tal carácter defiende los intereses de la masa de acreedores, que pueden ser antagónicos a los del quebrado - como en el caso de la impugnación de sus actos art. 1366 - o coincidentes con ellos - como en el caso de litigar el quebrado en unión de los Síndicos en los incidentes sobre reconocimiento de crédito (art 1264 y 1381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Solo en este sentido es admisible la Tesis de la -- Sentencia de 17 de julio de 1887 (representan así al quebrado como a los acreedores), No puede en cambio decirse que los Síndicos representan exclusivamente al quebrado porque en lo judicial casi siempre actúan contra él, y en lo extrajudicial no pueden ejercer por representación un derecho que el quebrado no tiene , es a saber, el derecho a disponer de sus bienes, que fue asumido por sus acreedores.

Las dificultades de la Teoría de la representación inducen a un sector de la doctrina a configurar al Síndico como un órgano público que defiende un interés público. Pero en realidad el de síndico es un cargo privado por su origen (designación por los acreedores) y por su naturaleza, que, a semejanza del tutor y de su administrador

judicial, encarga en parte el interés público manifestado aquí por las repercusiones de la quiebra en la economía nacional.

7.6 JUSTIPRECIO Y VENTA DEL CAUDAL DE LA QUIEBRA.

Una de las atribuciones de los Síndicos es procurar la venta de los bienes de la quiebra, procurando sacar de ellos las mayores ventajas posibles. La Ley de Enjuiciamiento Civil ordena en su artículo 1358 que el justiprecio y venta del caudal de la quiebra se - sujete a lo prescriben los artículos 1084, 1085, 1086, 1087 y 1088 - del Código de Comercio antiguo.

Según estos artículos la venta se promueve por los Síndicos se acuerda por el Comisario (en forma de providencia) y se ejecuta con las formalidades establecidas para cada clase de bienes de -- acuerdo con su naturaleza.

Por lo que se refiere a los EFECTOS MERCANTILES, - (Concepto equivoco a juicio de PRIETO CASTRO (150) pero que puede significar las mercancías y géneros del comercio o industria del queubrado) el Código de 1928 dispone que los Síndicos, atendida su naturaleza y consultada la mayor ventaja posible a los intereses de ésta propondrán al comisario la venta que convenga hacer de ellos en los tiempos oportunos, y el Juez determinará lo conveniente fijando el minimun de los precios a que podrá verificarse sobre los que no podrá hacerse alteraciones sin causa fundada a juicio del mismo comisario. (art. 1084).

En la venta de esta clase de efectos intervendrá necesi-

riamente un corredor y donde no lo hay se ejecutará en subasta pública anunciándose con tres días a lo menos de anticipación por edicto y avisos que se publicarán en el periódico si lo hubiere en el pueblo (art. 1085).

Para la regulación de los precios a que se haya de vender estos efectos, atenderá el comisario a su coste según las facturas de compras y los gastos ocasionados posteriormente procurando los aumentos que permita el precio corriente de géneros de igual especie y calidad en las mismas plazas de comercio. Si hubiera de hacerse rebaja en el precio de su coste, incluso los gastos para la enajenación de aquellos efectos, se habrá de verificar necesariamente la venta en subasta pública.

De todo esto se infiere que los Síndicos propondrán al Comisario por medio de escrito la venta que convenga hacer de los efectos mercantiles de la quiebra, alegando las razones de conveniencia en que se funden, para que pueda apreciar dicho comisario la procedencia o inoportunidad de la enajenación. Si la cree oportuna y conveniente, dictará providencia autorizándola y fijando al propio tiempo el mínimo de los precios a que podrá verificarse atendiendo el coste las memorias o efectos de que se trate, según las facturas de compras y los gastos ocasionados posteriormente (transporte alquileres de los almacenes, etc) procurando el aumento que permita el precio corriente en la plaza.

Si hubiese de hacerse rebaja se habrá de verificar necesariamente la venta en subasta pública, según el artículo 1086.

Los efectos de comercio serán vendidos con intervención de un Corredor, claro que éste ha de ser colegiado y donde no lo hay se ejecutará en subasta pública. En el caso de que haya corre

dor habrá de unirse a los autos la papeleta de negociación para que -- conste de un modo autentico el precio que se alcanzó. En el caso de que no haya corredor en el pueblo de la venta o habiendolo, tenga que venderse perdiendo, por ser preciso fijar al género un precio menor que el de su coste con inclusión de los gastos de la enajenación se hará entonces por subasta pública. Estas subastas se llevan a cabo por un término breve, bastando la anunciada con tres días de anticipación por medio de avisos y edictos que se fijen en los sitios públicos de -- costumbre y se inserten en los periodicos de la plaza si los hay, ex-- presando en dichos avisos y edictos si la venta ha de hacerse al detalle por lotes, o en una sola pertida, según se considere más ventajosa a los intereses de la quiebra.

La Ley no da intervención al quebrado en la enajenación de los efectos mercantiles.

Del contenido de los artículos 1352 y 1353 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce que el dinero necesario para las atenuciones de la quiebra ha de ingresarse en el "arca" de depósitos; pero como la mayoría de los comerciantes carecen de este "arca" y de adquirirla solo para estos fines representaría un grasto en merma de la masa, cuando en los actuales momentos existen en la casi totalidad -- de los pueblos Bancos dedicados a esos fines, somos del parecer de SAURA (161) que el dinero que se ocupe sea ingresado en unos de -- esos Bancos a nombre de la masa de la quiebra, es decir, al del Comisario y Depositario o Sindicatura después. Igualmente a nuestro juicio, y teniendo en cuenta que la Sindicatura es la única representa-- ción de la masa y la competente para liquidar l os bienes de la quiebra, haciendo los pagos de gastos y créditos, sin perjuicio de su ulterior liquidación, y que de depositarse el metálico en la Caja de Depósitos representa gastos y dilaciones para cada retirada, tambien somos del parecer que bien se puede entregar el metálico a la Sindicatura en l, a

forma antes dicha, ingresandolo en referida cuenta del Banco, donde con mayor facilidad se hacen los ingresos y salidas y con menos gastos, máxime si el Juzgado que entiende de la quiebra no es de la capital de la provincia; todo ello debe ser con intervención del Comisario.

El ingreso, según hemos dicho, debe hacerse a nombre del Comisario y Síndicos de la quiebra por lo que para extraerlos se ra necesaria la firma del Comisario y la de los Síndicos por lo menos ya que con dos se forma mayoría, que es requisito indispensable para que exista acuerdo en la Sindicatura; debiendose llevar nota al cuade no a que se refiere el artículo 1361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso huelga la fe del actuario, porque carece de intervención al no verificarse en el "acta", (ya dijimos anteriormente que por "arca" se entiendo hoy establecimiento bancario adecuado a caja de segu ridad). (SAURA JUAN) (151)

En los casos de bienes muebles de otra clase, es decir semovientes y demás efectos que no sean mercancías el artículo 1087 del antiguo Código de Comercio a que la Ley expresamente nos remite preceptúa que los Síndicos promoverán el justiprecio de los bienes -- muebles del quebrado que no sean efectos de comercio para lo cual -- nombrarán peritos por us parte y por la del quebrado, o por el Comi sario en defecto de hacerlo éste. En casos de discordia se hará por el Juzgado el nombramiento del tercer perito.

La venta de estos bienes, s según el artículo 1088 del mis mo Código se hará en pública subasta con todas las solemnidades de de recho, y en otra forma serán de ningún valor.

Son pues, de notar, 'con respecto a la venta de los efec-

tos mercantiles las siguientes diferencias:

1º) Que el precio de la clase de bienes que nos ocupa no los fija el Comisario, sino la tasa de personas inteligentes porque no habiendo factura ni gastos, ni ventas de otros de igual especie y calidad con que poder compararlo, falta el tipo de los precios corrientes (Que es lo que sirve de base al Comisario para fijar el minimun de -- las mercancías) y hay necesidad de recurrir al juicio de peritos que los reconozcan y lo fijen.

2º) Que así como en la venta de los efectos mercantiles -- no se da intervención ninguna al quebrado, aquí la tiene, nombrar por su parte un perito que con el propuesto por la Sindicatura en interes y representación de los acreedores, señale el precio a los bienes.

3º) Que esta venta ha de hacerse precisamente en pública subasta y con las formalidades de derecho, esto es anunciandola por edicto que se fijen a en los sitios públicos de costumbre e inser-- ten en los diarios o periodicos de la plaza con anticipación de ocho días no de tres, como ocurre en la subasta de las mercancías cuando no -- caben venderlas por medio de corredor. Si no hubiese licitadores -- en la primera subasta que llegará a ofrecer . la cantidad en que los -- bienes pueden ser rematados, habra de procederse como en los concursos puesto que ni el Código de Comercio antiguo ni el Tit. XIII del libro II de la Ley disponen lo que deba hacerse y por consiguiente, a tenor de los que ordena en el artículo 1238 si no hubiese postura admi sible, se anunciará segunda subasta con la rebaja de 25 por 100 de la tasación. Si tampoco hubiere postor, se convocará a junta de acreedor es, para que acuerden la manera que hay de adjudicarse los bienes -- no vendidos (no especificado por la Ley, que podría se incluso la vent a particular) o una tercera subasta sin sujección a tipo. En el caso

de optar por la adjudicación, esta se verificará por las dos terceras partes del precio que hubiere servido de tipo en la segunda subasta.

También podrán enajenarse en pública subasta los créditos derechos y acciones cuando por su litigiosos, de difícil realización o de vencimiento a largo plazo o por tener que demandarlos en la vía judicial, hubiera de dilatarse indefinidamente la terminación del concurso para realizarlos. En estos casos a propuesta de los Síndicos, el Juez acordará el medio que estime más adecuado para fijar la cantidad que como precio de la venta hay de servir de tipo en la subasta. (artículo 1239 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Aprobado el remate los Síndicos otorgarán la correspondiente escritura a favor del rematante, luego que este consigne el precio de la venta el que se constituirá en depósito a disposición del Juzgado de la manera antes prevenidas (Artículo 1240 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El quebrado no tiene intervención en la venta de los efectos mercantiles, y en los demás bienes tiene derecho a nombrar perito para su tasación.

Lo que acabamos de decir con respecto de los bienes muebles que no sean mercantiles es de aplicación a la fincas porque el recepto de los artículos 1087 y 1088 del antiguo Código de Comercio es común a ambas clases; pero el procedimiento para llegar a la venta de los inmuebles, varía según RIVES Y MARTI un poco en razón a la especial naturaleza de los bienes raíces.

Debiendo observarse todas las solemnidades de derecho so

peña de nulidad cual clara y terminante expresa el último de los dos artículos que acabamos de citar, forzoso es que antes de proceder al avalúo, se aporte a los autos certificación en que consten las hipotecas, censos y gravámenes a que están afectos los bienes o que se hallan libres de cargas aportándose igualmente los títulos de propiedad, si es que no se hubieren ocupado e intervenido al tiempo de hacerse la declaración de quiebra para cuyas aportaciones se habrá de expedir los correspondientes mandamientos y requerir en forma al deudor de conformidad todo ello con lo establecido en el artículo 1489 de la Ley, Si de la certificación del Registro de la Propiedad resultasen gravados los bienes con segundas o posteriores hipotecas no canceladas, se hará saber a los acreedores que se hallen en este caso el estado de los autos para intervengan en el avalúo y subasta de los bienes si los conviniere (artículo 1490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Hecha esta notificación a los acreedores seguirá su curso el procedimiento de apremio sin hacerles otras notificaciones. Si se personasen en los autos antes del avalúo, por sí o por medio de procurador a su costa, un perito que, con los nombrados con los Síndicos y el quebrado o Comisario en su caso, practique el justiprecio de la finca o fincas hipotecadas. En este caso se les notificará también la providencia en que se fije el día para el remate (artículo 1491 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Presentados los Títulos por el deudor, se formará con ellos ramo separado y se comunicará a los Síndicos para que manifiesten si los encuentrán suficientes o propongan la subsanación de las faltas que en ellos notaren (Artículo 1492 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si el ejecutado no hubiere presentado los títulos dentro del plazo señalado en el número 2 del artículo 1489 podrá el Juez emplear los apremios que estime convenientes para obligarles a que los presente o mandar que se libre certificación de lo que respecto a ellos

resulte en el Registro de la Propiedad, y en su caso testimonio de las escrituras conducentes. Cuando esto no diere resultado, o no existiesen títulos de dominio, podrá suplirse su falta por los medios establecidos en el Tit. XIV de la Ley Hipotecaria (artículo 1493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Mientras tanto se procede al valúo o fijación de precio no en la forma ordinaria que expresa el artículo 1494 para el apremio en el juicio ejecutivo, sino en la forma especial que para la quiebra establecen los citados artículos 1087 y 1088 del antiguo Código de Comercio.

La subasta habrá de anunciarse con una antelación de veinte días (artículo 1495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en vez de los ocho señalados para los semovientes y muebles que no sean mercancías (artículo 1488 de la Ley Procesal) y de los tres fijados para los efectos mercantiles (artículo 1085 del Código de Comercio antiguo). Cuando los inmuebles están situados fuera del partido judicial en que se siga la quiebra, podrá celebrarse simultáneamente la subasta y remate en ambos juzgados (artículo 1502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

7.7. - ACCIONES CONTRA LOS SINDICOS QUE COMPREN EFECTOS DE LA QUIEBRA.

Según el artículo 1359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil todos los acreedores de la quiebra, y el mismo quebrado, serán admitidos a ejercer la acción que concede el artículo 1089 del Código contra los Síndicos que compraren o hayan comprado efectos de la quiebra.

Las reclamaciones de esta especie se harán en ramo separado, sustanciándose por los tramites establecidos para los incidentes, y sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que los Síndicos puedan haber incurrido.

Y el artículo 1089 del Código de Comercio establece que - no pueden los Síndicos comprar par sí ni para otra persona bienes - de la quiebra de cualquier especie que sean, y si lo hicieren en su nombre o bajo el de algún otro, se confiscarán (esta palabra resulta como han hecho notar varios autores, impropia en este lugar, porque confiscar significa aplicar al Fisco o al Estado la propiedad de los bienes de que se trate,, y aqui no se aplica al Estado sino a la masa de acreedo- res que queda dueña de ellos como lo era antes), a beneficio de la mis- ma quiebra los efectos que hubieren adquiridos de ella, quedando obli- gados a satisfacer su precio, si no lo hubiesen hecho.

A tenor de estos artículos los Síndicos no pueden comprar para sí ni parfa otra persona ninguna clase de los bienes de la quiebra, y si lo hicieren en su nombre o bajo algún otro se declar^{ar}arán sujetos a la masa de la quiebra y en beneficio de la misma los efecos que en - esa formar hubieren adquirido de ella. Si estos efectos hubieren sido ya cedidos por el Síndico adquirente, debe satisfacer a la quiebra el precio de los mismo.

Todos los acreedores y el propio quebrado pueden ejercer la acción expresada contra los Síndicos que compraren o hayn comprado los efectos de la quiebra, cuya reclamación pueden hacer en cual-- quier momento, durante la tramitación de la misma que tuvieren conoci- miento de ello. La reclamación debe hacerse mediante demanda, que ha de contener los requisitos determinados en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y debe ir dirigida contra los Síndicos que hubieren hecho la compra la cual ha de tramitarse en ramo separado por el proo

cedimiento de los incidentes, haciendolo constar en la pieza segunda de la quiebra por tratarse de cuestiones de administración.

Ademas de esta reclamación en vía civil puede ejecutarse la acción penal, que entendemos que de estimarse mérito bastantes por lo que expongan los reclamantes en la vía civil debe iniciarse de oficio dicha vía penal, que paralice dicha acción civil por imperativo del artículo 1359, ya que las resoluciones que recaigan en ambos procedimientos no pueden ser incompatibles.

Tantos los reclamantes de la vía civil como los remandados han de valerse de Abogado y Procurador, y los gastos no pueden salir de la masa.

Cualquier acreedor e incluso el quebrado, puede cadyuvar con el acreedor reclamante.

En la sentencia que tal incidente resuelva, habra de declararse si está o no mal hecha la compra, adjudicando en el primer caso a la quiebra, o mandando que vuelvan a ella los bienes de que se trate. No creemos al igual RIVES Y MARTI necesario se haga declaración alguna ni reserva de derechos para entablar la acción penal, puesto que ésta es independiente y puede exigirse sin aquella declaración o reserva y aún de oficio como hemos dicho antes, dado el carácter público que reviste la estafa o fraude en que se haya incurrido.

7.8. - TRANSACCIONES EN PLEITOS DE QUIEBRA.

La Ley, con el fin de no dilitar la terminación de la quie"

bra en espera del resultado de los pleitos pendientes sobre intereses de la misma, haciéndose además cargo de que en ocasiones es preferible una mala transacción a una buena sentencia, lejos de prohibir esas transacciones, las autoriza su artículo 136o, si bien exige que penda auto del Juez, dictando a propuesta del Comisario, en que se fijarán las bases de la transacción. En efecto, este artículo dice que para toda transacción que hayan de hacer los Síndicos en los pleitos pendientes sobre intereses de la quiebra, procederá auto del Juez dictado a propuesta del Comisario, en que se fijaran las bases de la transacción. No obstante, creemos, con RIVES MARTI (152) que se necesita algo más para que la Sindicatura salve su responsabilidad y para que la transacción se lleve a termino sin dificultad ninguna, sobre todo, tratándose de bienes inmuebles o derechos reales que hayan de inscribirse en el Registro de la Propiedad. Es menester, a nuestro juicio que los síndicos estén autorizados expresamente por los acreedores puesto que entre las atribuciones de la Sindicatura no está la de transigir. Los Síndicos son mandatarios de los acreedores que los nombran, y en tal concepto necesitan como todo mandatario, poder expreso para transigir (artículo 1713 del Código Civil). Si en el acto de la junta a que deben su nombramiento, exigieron y les fue concedida la autorización necesaria para poder transigir los pleitos pendientes o que se promuevan por la quiebra o en contra de la misma y de las demás cuestiones que puedan ser litigiosas en que esta tenga interés, les bastará presentar la transacción al Comisario para que este la proponga al Juzgado si lo estima conveniente y el Juez preste su aprobación; más si no estuviesen autorizados para ello, podrán si concertar la transacción; pero sometiendo a la aprobación de sus mandantes los acreedores en la primera junta que se celebre, o en la que para ello se convoque la cual resolverá por la mayoría de votos y capital que expresa la regla 6ª del Art. 1139 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así esta prevenido para los concursos en el artículo 1241 de dicha Ley,

conforme al cual y a lo que hemos visto dispuesto en el 1360, la aprobación ha de recaer en pieza separada que se formará con la transacción, escrito de los Síndicos presentandola e informe del Comisario proponiendo al Juez su aprobación. El Juez dictará providencia, dando audiencia al quebrado por seis días, prorrogables por tres más, -- puesto que tal prórroga no está expresamente prohibida; y transcurrido este término, con escrito o si él, dictará auto sin más tramite aprobando o desaprobanda la transacción, según estime conveniente a la -- quiebra consignando en el primer caso en la parte dispositiva de dicho auto las bases de la transacción.

7.9. - SOBRE ENTREGA SEMANALES EN EL "ARCA" DE DEPOSITO (ESTABLECIMIENTO BANCARIO ADECUADO O CAJA DE SEGURIDAD).

Consecuentemente la Ley, en su proposito de que ni los -- Síndicos ni el depositario retengan en su poder cantidad alguna procedente de la Administración confiada a sus manos, ordena en el artículo 1361 que en un cuaderno separado, anejo a esta pieza se pondrán por diligencia, que firmarán el Comisario y los Síndicos, las entregas semanales que se hagan en el "arca" de deposito de los fondos que se vayan recaudando dando fé el actuario de su ingreso en la misma "arca".

Igual formalidad se observará para la extracción de las partidas que en virtud de libramiento del mismo Comisario se saquen de ella y de las que se depositen en el establecimiento público.

Como venimos diciendo, en la práctica actual, y quizá por la existencia de establecimientos donde pueda depositarse dinero: Ban-

cos, etc., no se emplean las arcas de depósito a que se refiere este artículo, sino que, por más comodidad y mayor garantía que el arca, ya que ésta puede ser sustraída, el dinero se deposita cuando es ocupado en la Caja General de Depósitos o en un Banco a disposición -- del Comisario y Depositario de la quiebra conjuntamente, necesitándose para extraerlo la autorización de ambos. Cuando esté nombrado la sin dicatura entendemos puede hacerse lo mismo, aunque en este caso debe quedar en poder de la misma el dinero suficiente para los gastos y pagos más urgentes, pues hay que tener en cuenta que los únicos administradores de la quiebra son los Síndicos, y por tanto a su dispo sición debe estar el dinero, porque ellos son los que tienen que hacer los pagos, sin perjuicio, claro está, de la obligación que les impone este artículo y el siguiente de llevar el libro de ingresos y gastos, -- con intervención del Comisario, y dar cuenta de su gestión en los pe riodos que se les exija, además de la oportuna liquidación final, para cuya discusión y aprobación es necesario convocar Junta de acreedores.

7.10.- De la exposición con vista de los estados mensuales de administración.

El interés de los acreedores y aun del propio quebrado exige que se tenga a toda hora noticia exacta de la administración de la quiebra; y con el fin de poder conseguirlo en cuanto sea posible, -- ordena el antiguo Código de Comercio en su artículo 1905 que los -- S índicos presetarán mensualmente un estado exacto de la administra ción de la quiebra, que el Comisario pasará con su informe al Juzgado para las providencias que haya lugar en beneficio de los interesa-

dos en la quiebra, Todos los acreedores que lo soliciten podrán tener a sus expensas copias de los estados que presente los Síndicos, y exponer en su vista cuanto crean convenientes a los intereses de la masa.

Esas reclamaciones se formularán en forma de exposiciones dirigidas al Juzgado, y este dará conocimiento al Comisario, quien por su parte emitirá informe, con el cual acordará el Juez las providencias que halle convenientes en beneficio de la masa (ver artículo 1362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Los estados mensuales, y por analogía con lo que dispone el artículo 1232 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, creemos, que debe formarse ramo separado dimanante de esta pieza segunda, a cuyo ramo debe ser unida la reclamación - exposición que hagan los acreedores y que debe ser unida la reclamación - exposición que hagan los acreedores, y que debe ser dirigida al Juzgado, por quien se acordará pasar los antecedentes al Comisario para que informe, a cuyo fin debe concedérsele un plazo que no debe exceder de tres días, por analogía con - el concedido para presentar el estado de acreedores.

7. 11.- Recurso contra las providencias del Comisario.

Entre las varias atribuciones que corresponden al Comisario de la quiebra, figura, según el artículo 1045 del antiguo Código de Comercio, la de dar las providencias que sean urgentes para tener en seguridad y buena conservación los bienes de la masa; más como esas providencias pueden no estar conformes con lo que los acreedores o - los Síndicos crean más procedente, autoriza a unos y otros para pedir

reforma de ellas al Juez de primera instancia, que resolverá de plano, con vista de la reclamación que se presente y de la que sobre ella informe el Comisario (artículo 1363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

No establece la Ley el término dentro del cual se ha de pedir la reforma, pero aplicando por analogía la regla general de los recursos contra las resoluciones judiciales, deberá interponerse dentro de los cinco días que señala el artículo 377 de la Ley.

Contra estas reclamaciones tenemos el criterio que pueden emplearse los recursos de reposición, apelación y de nulidad dentro de los plazos que para cada uno de ellos se expresa en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todos los interesados que comparezcan en la quiebra y que no sea para limitarse a la presentación de títulos de crédito o derechos o para concurrir a Juntas, deberá ser por medio de Procurador legalmente habilitado y dirigidos por Letrados también legalmente habilitados; así lo disponen los artículos 3-4 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una duda surge: según el artículo 1333 de la Ley, si en el lugar del juicio no hubiere comerciante matriculado idóneo para el cargo de comisario, el Juez de primera instancia ejercerá las funciones que según el artículo 1045 del Código corresponden a dicho cargo, excepto las del número 4º y demás que en los concursos son propios de los Síndicos o del depositario. En virtud de este precepto puede el Juez de primera instancia, ejerciendo funciones de Comisario, acordar providencias sobre la administración de la quiebra. ¿Cabe contra ellas el recurso de reforma? RIRES Y MARTIN opinan que sí y se funda en la regla general de que contra toda providencia -

puede pedirse reposición, lo cual no prohíbe la Ley aquí. Si puede - reformar los proveídos dictados como Juez, ¿por qué no ha de poder hacer lo propio con los dictados como comisario ?. La misma razón - existe para uno y otro caso. Lo único que ocurrirá en este último caso es que habra de prescindirse del informe del comisario, por ser esta función exclusiva del mismo, aparte de que no tendría razón de ser ese informe, toda vez que el mismo Juez que habra de darlo como Comisario, va a decidir como Tribunal.

7.12. - Rendición de la Cuenta general. Su aprobación y sustanciación de las impugnaciones que contra ella se hicieren.

Es principio de derecho reconocido en todo tiempo y en todos los pueblos que el mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato (artículo 1720 del Código Civil). Conforme también con ello el antiguo Código de Comercio, dispone en sus artículos 1134 y 1135 -- que concluida que sea la liquidación de la quiebra, rendirán los Síndicos su cuenta, para cuyo examen convocará el Juzgado junta general - de los acreedores que conserven interés y voz en la quiebra. En ella, con asistencia del quebrado, se deliberará sobre su aprobación, oyendo antes, si se estimare necesario, el informe de una Comisión que haga el reconocimiento y comprobación de la cuenta, y hallando motivos de reparo sobre ella, se deducirán éstos en forma ante los Jueces de la quiebra. No obstante la aprobación de la Junta, podrá el quebrado o cualquiera acreedor impugnar en juicio a sus expensas y bajo su -- responsabilidad individual, las cuentas de los Síndicos, haciéndolo en el término de ocho días, Por su transcurso, sin haberse intentado reclamación alguna, quedará firme e irrevocable la resolución de la Junta.

Cuando los Síndicos o alguno de ellos cese en este encargo antes de concluirse la liquidación de la quiebra, rendirá igualmente sus cuentas en un término breve, que no podrá exceder de quince días, y se examinarán en la primera junta de acreedores que se celebre con previo informe de los nuevos síndicos.

Estas cuentas, según el art. 1364 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponderán a esta pieza de autos llamada sección 2ª en la que se procederá a su examen con arreglo a las disposiciones de los artículos 1134 y 1135 del Código; y si se dedujeren agravios contra ellas tanto, por acuerdo de la junta de acreedores como por el quebrado o algún acreedor particular, se sustanciará esta demanda por los trámites del juicio ordinario en esta misma pieza de autos, si estuviere evacuado todo lo concerniente a la administración de la quiebra, o en ramo separado no estuviese concluida la liquidación de ésta.

Conviene tener presente que los acreedores a quienes se refiere el artículo 1134 del Código de Comercio antiguo son aquellos que no hayan cobrado por completo, y con ello debe entenderse el examen de las cuentas, convocandolas al efecto a junta, según en dicho artículo se ordena. Los demás, esto es, los que hayan cobrado por entero, no conservan ya voz ni voto en la quiebra porque han dejado de ser acreedores, y si todos hubiesen cobrado el total de sus créditos, la cuenta debe rendirse al quebrado, por ser en tal caso el único que conserva interés en ella.

También debe tenerse en cuenta que las reclamaciones o agravios que se formulan por acuerdo de la Junta, por el quebrado o por algún acreedor particular no conforme con la junta en que se aprueben las cuentas, se tramitará por la clase de juicio declarativo que -

corresponda a la cuantía de las cuentas, conforme al artículo 488 y como está dispuesto para los concursos en el artículo 1244 de la Ley.

Y por último debe notarse que si el procedimiento del juicio hubiere llegado a tal altura que no hubiera de celebrarse ya junta alguna de acreedores, la aprobación o impugnación de las cuentas que rindan los Síndicos o alguno de ellos en el caso de cesar en su cargo antes de concluirse la liquidación de la quiebra, deberá sujetarse a la tramitación marcada para los concursos en el artículo 1245 de la Ley, por no haber disposición especial para las quiebras, correspondiendo, por tanto, la aprobación de las cuentas al Juez, con audiencia de los nuevos Síndicos.

7.13. - Repeticiones de los acreedores o del quebrado contra los Síndicos por los daños y perjuicios causados a la masa.

Conforme al artículo 1077 del antiguo Código de Comercio los Síndicos son responsables a la masa de cuantos daños y perjuicios le causaren por abuso en el desempeño de sus funciones o por falta de cuidado y diligencia que usa un comerciante solícito en el manejo de sus negocios. Y la de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1365 determina la manera de exigir esa responsabilidad, ordenando que las repeticiones de los acreedores o del quebrado contra los Síndicos por los daños y perjuicios causados a la masa por fraude, malversación o negligencia culpable, se deducirán y sustanciarán en ramo separado, dependiente de esta pieza de autos, siguiéndose en la sustanciación los trámites del juicio ordinario. El procedimiento de este juicio será el correspondiente a la cuantía de la reclamación, conforme a lo prevenido en el artículo 488 de la Ley (153).

8. - LA QUIEBRA DE LA HERENCIA.

Según el artículo 659 del Código Civil la herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

Vamos a tratar de perfilar si una herencia puede ser objeto de un procedimiento concursal y en caso afirmativo, que procedimiento se ha de seguir. Pero antes vamos a ver las situaciones en que puede encontrarse una herencia. La doctrina patria (154) establece CASTAN TOBEÑAS: Derecho Civil Español, común y foral Madrid 1963, VI, - pag. 94 las siguientes:

a) Sindeferiro presunta. Esta situación de la herencia se dice que existe "cuando todavia no ha muerto el causante o no se hubiera cumplido la conducción suspensiva que el Testador hubiera impuesto, - b) Abierta, esta situación se produce en el momento del fallecimiento - del causante, c) Deferida, cuando alguien puede hacer suya la herencia en virtud de un llamamiento a su favor bien por testamento bien por Ley. d) Vacante se produce esta situación cuando no hay familiares con derecho a heredar, o cuando habiendoles, estos renuncian a la herencia. - Cuando se de este supuesto, se adueña de ella el Estado porque la herencia no puede ser una "res nullius". e) Yacente. Cuando existiendo - herederos con derecho a aceptarla, todavía no han manifestado su deseo de aceptarla o repudiarla. En esta situación, la herencia está deferida pero no adida. f) Aceptada. Cuando algún heredero ha manifestado expresa o tácitamente su voluntad de hacerla suya.

Esta aceptación puede hacerse a) a beneficio de inventario entendiendose por éste como la facultad concedida por la Ley a los herede

deros para hacer par la herencia con la modalidad de no responder - de las obligaciones del causante ilimitadamente, sino sólo hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios.

b) Pura y simplemente. Cuando él o los herederos han de responder de las deudas del causante con todos sus bienes presentes y futuros subdividiéndose ésta a su vez en expresa y tácita; se considera que existe aceptación expresa cuando esta se hace en documento público o privado (artículo 999, 2º del Código Civil) estando por consiguiente rechazada por el Código la aceptación de forma verbal. Se considera, por contra, que existe aceptación tácita cuando se realizan una serie de actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar - o que no habrá derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero - (artículo 999, 3º del Código Civil).

Por último otra situación en la que puede encontrarse la herencia, pero sólo en el caso de que existan varios herederos aceptantes, es la herencia indivisa o situación en la que todavía no se ha llegado a la adjudicación de los bienes de su haber a cada uno de ellos.

De estas situaciones las susceptibles de ser declaradas en quiebra o concurso, en base al artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; son aquellas que se encuentran comprendidas entre la -- muerte del genuino titular hasta la adjudicación de los bienes, previa aceptación por parte de los herederos. Antes o después de estos momentos, la declaración de quiebra o concurso no se puede predicar - de la herencia, sino del titular de los bienes que van a componer o -- componían, la herencia y estas situaciones, a juicio de ROBLES GARZON (155) son las que más problematica presentan porque o bien aún - no se ha producido la aceptación por parte del o de los, herederos - herencia yacente - , o bien habiéndose producido la aceptación ésta se

hace a beneficio de inventario, o realizandose pura y simplemente aún no se ha producido la división y adjudicación del caudal hereditario en tre los llamados a suceder.

Veamos cada una de estas situaciones en orden a la declaración en quiebra de la herencia.

8.1.- HERENCIA YACENTE

Abierta la sucesión sin que el heredero hubiese aún acepta do se produce la situación de herencia yacente y al objeto de establecer contra quién se han de dirigir las acciones que contra el causante se tuviere y quien ha de excepcionar en juicio los intereses de la herencia.

La busca de un titular para estos bienes nos lleva a plantearnos tres supuestos: si existen derechos sin sujeto, si la herencia yacente es persona jurídica, o si se ha de nombrar un titular interino mientras la situación de dependencia exista.

Respecto a la posibilidad de que existan derechos sin suje to, aunque se llegó a defender esta teoría con opiniones más o menos re lumbrantes, lo cierto es que hoy día, la doctrina la ha rechazado cate góricamente en base a "la imposibilidad lógica de que existan derechos y, por ende, las facultades inherentes a los mismos, que no pertenez-- can a una persona, bien física, bien jurídica.

Los que defendieran e incluso defienden, esta posibilidad,

ponen como casos típicos de estos supuesto, el de la herencia yacente, el de la institución hereditaria hecha a favor de una persona aun no - concebida al tiempo de abrirse la herencia, el de la herencia a favor del alma, el del título al portador abandonado etc..... aún así hay que decir que no es que estos derechos esten sin sujeto, sino que son derechos con sujeto provisionalmente indeterminado "como dicen ENNECERUS (156) y F. DE CASTRO (157).

Respecto a la posibilidad de que la herencia yacente sea titular de los bienes hereditarios, hay que decir, que, para que así sea, sería necesario que la herencia yacente sea persona jurídica. A esta conclusión llegaron los que no admitiendo la existencia de derechos sin sujeto, buscaban una titularidad para los bienes hereditarios yacente. Pero la consideración de la herencia yacente como persona - jurídica es rechazada de una manera unánime en nuestra doctrina. Así ROCA SASTRE (158) dice " la herencia yacente es una entidad jurídica patrimonial, provisionalmente falta de titular, que está destinada a ser adquirida por los herederos voluntario o legales, pero no por ello constituye una persona jurídica". La jurisprudencia también ha negado reiteradamente personalidad a la herencia yacente, en sentencia de 21 - V - 1943 y en la de 17 - VI - 1963, entre otras. De rechazarse esta nueva contrucción la teoría que la ha sustituido, y la que actualmente esta admitida, es la de la titularidad interina. Es decir, la herencia yacente no es más que un patrimonio cuyo titular indeterminado provisionalmente, por lo que, en tanto esta posibilidad no desaparezca, como consecuencia de la aceptación, se designará a una persona - herederos o no - que con la categoría de "Titular interino" será el encargado de proteger o impedir la disgregación de los elementos materiales de - que se compone la herencia sin que esto impida, como dice F. DE CASTRO (159) " La posible intervención de los titulares preventivos o pretendientes a la conducción de Titular definitivo".

Esta teoría de la titularidad interina es la mantenida tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Sentencias de 17- III - 1919, 21- VI - 1943, y resolución de 10 - III - 1916 respectivamente, pues de todas ellas - puede deducirse que la herencia yacente constituye una entidad jurídica especial, carente de titularidad actual pero con titularidad interina. Este titular interino ha de realizar todas las funciones que competen - al titular definitivo, de ahí que sea el encargado, mientras aquel permanece en la "indeterminación", de accionar o excepcionar en juicio - por los intereses de la herencia no solo por su bien ya que por su mala administración se le podrían exigir daños y perjuicios - sino en bien de los acreedores y de los futuros titulares.

En cuanto al ejercicio de las acciones y excepciones correspondiente a la herencia yacente, vamos a considerar si esta puede ser "parte" en el proceso.

Dice PRIETO CASTRO (160) que parte son las personas físicas o jurídicas, en sentido amplio, que se constituyen en sujetos - de un proceso, para pretender en él la tutela jurídica, y que, por tanto, asumen la titularidad de las relaciones que en el mismo se crean, - con los derechos, los cargos y las responsabilidades inherentes". Parte, pues, no es más que aquella que pretende y frente a quien se pretende la satisfacción de una pretensión, por lo que el concepto de parte es siempre procesal ya que lo que da la calidad de parte es la titularidad activa o pasiva de una pretensión.

Para que un proceso sea válido, los sujetos intervinientes en la relación procesal deben tener las siguientes facultades o calidades; capacidad para ser parte, capacidad jurídica procesal o personalidad procesal, y, en segundo lugar, la capacidad de obrar procesal

o capacidad para comparecer en juicio. En base a esto, para considerar que la herencia yacente sea parte en un proceso, es necesario ver, por un lado si esta tiene capacidad jurídica procesal; y de otro, si a su vez tiene capacidad de obrar procesal.

Para saber si la herencia yacente tiene capacidad jurídica procesal, es necesario saber qué se entiende por ésta. El derecho procesal positivo no contiene ninguna definición de esta capacidad - Lo - cual es explicable, dice PRIETO CASTRO - por lo que hay que acudir a la doctrina, que la define como " la facultad para ser titular de derechos procesales, estar sometido a las cargas del proceso, y asumir las responsabilidades del mismo derivadas"; o más simplemente, " la aptitud jurídica para ser titular de derechos y/o de obligaciones de carácter procesal que a las partes se refieren". Vemos como este concepto se - equipara a lo que en Derecho Civil se denomina " personalidad jurídica", de ahí que esta capacidad para ser parte se le denomine " personalidad - procesal" aunque no hay que confundirlas pues ésta es más amplia que aquella.

La consideración de la capacidad para ser parte como un -- problema de "personalidad" orienta la respuesta al interrogante de quien tiene tal capacidad, porque si la capacidad para ser parte es una faceta de la "personalidad", el disfrute de ésta, lleva consigo el goce de aquella por lo que podemos decir que toda persona tiene capacidad para ser - parte, tanto si es persona física como si es persona jurídica ahora bien, esto no nos resuelve nuestro interrogante porque como ya hemos visto la herencia yacente ni es persona física ni es persona jurídica por lo que se ha de ver, como muy bien puntualiza GUASP (161) "si la personalidad jurídica agota de tal modo el significado de la capacidad para ser parte que fuera de ella no ha lugar en absoluto al reconocimiento hipotético de ésta". Lo cierto es, que la personalidad jurídica no agota el significado de la capacidad para ser parte, porque no siempre las necesidades de -

la vida de relación entre individuos, permiten sujetarse a las formalidades que el legislador establece para considerar creada la unidad del ente moral, por lo que la realidad presenta numerosos ejemplos de "entes" que, sin tener personalidad procesal reconocida, actúan de hecho con independencia de los elementos particulares que lo integran, tales son, las uniones sin personalidad y los patrimonios independientes o masas de bienes. Respecto a las uniones sin personalidad GOMEZ ORBANEJA Y HERCE (162) dice: "que algunos elementos exteriores de la persona.."

Respecto al segundo, aunque no sea fácil concebir una masa o conjunto de bienes sin adscripción a un sujeto de derecho que asuma la condición de parte en cualquier proceso que se promueva en relación con los bienes, hay casos en que así ocurre porque, o bien, ha cesado la titularidad primitiva (V. Gr., sucesión hereditaria), o bien, debe de originarse dicha sucesión caso de concurso o quiebra.

En ambos supuestos, aunque en rigor jurídico no deba ni -- pueda hablarse de capacidad para ser parte, esto es, de personalidad procesal porque falta la calidad personal de la "unión" o masa" en cuestión, hay que decir que cuando el Derecho no lo impida estas uniones o masas de bienes, sin personalidad, como acertadamente señala ROBLES GARZON (163), deben tener la aptitud para ser parte en un proceso -- (tanto en el aspecto activo como pasivo), reconociéndole "de facto", si no capacidad de persona jurídica plena, al menos la necesaria para que esta unión de personas y las masas de bienes puedan actuar en el tráfico civil y procesal.

La opinión dominante de nuestra doctrina, PRIETO-CASTRO, GUASP, GOMEZ-ORBANEJA, HERCE QUEMADA, etc.... aceptan esta solución que no es otra que la de considerarles partes en un proceso -- aunque no tenga capacidad para ser parte o personalidad procesal.

De esto deducimos que la herencia yacente puede ostentar la posición de actora o de demandada por razones prácticas por que la herencia funciona en esta situación especial de pendencia, como un organismo vivo para mantener la integridad de los bienes de que se compone (164). Así se explica el por que careciendo de personalidad jurídica, la prescripción le perjudica y/o le beneficia, exactamente lo mismo que a los sujetos de derecho (art. 1934 del Código Civil), y sus créditos y deudas pueden satisfacerse sin necesidad de que el heredero acepte la herencia (art. 1001 del Código Civil).

Reconocida la aptitud de la herencia yacente para ser parte en un proceso hay que decir que no basta esta capacidad para tener plena aptitud como parte en el proceso. Es suficiente para figurar como tal parte, pero no para poder realizar eficazmente los actos procesales, pues, para esto, se exige un grado superior de capacidad la capacidad de obrar procesal o lo que es lo mismo la capacidad de ser sujeto activo en el proceso.

Como solamente las personas físicas se pueden unificar ambas capacidades, cuando la parte en el proceso sea una persona jurídica, o una masa de bienes o una unión sin personalidad, han de actuar por ellas un organo de gestión que será el que actue por ellas en el proceso, ya que así lo establece el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al decir que " por los que se hallen en este caso - en pleno ejercicio de sus derechos civiles - comparecerán sus representantes legítimos a los que deban suplir su capacidad con arreglo a derecho.

Vemos pues, que por razones prácticas a la herencia yacente se le considera como parte en un proceso por lo que puede ocupar sin ningún problema, la posición de actora o demandada pero como

ella no puede actuar por sí misma se necesita, para que actuación en juicio sea válida, que se complete su incapacidad de obrar procesal (165) el modo de completar esta incapacidad de obrar es a través de la figura legal del Administrador hereditario que será el encargado de accionar o de excepcionar en juicio los intereses de la herencia yacente, Gracias a la "administración independiente" dice PRIETO CASTRO - - (166) la masa patrimonial inerte (que no es persona jurídica) no paraliza su acción en el tráfico jurídico.

De aquí que, cuando la herencia yacente actúa como demandante en un proceso, la capacidad de obrar procesal la detentará el - administrador hereditario el cual justificará en la demanda la legitimación procesal - art. 503, 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil)-, por medio de la excepción dilatoria pues, aunque este requisito, como la - la capacidad para ser parte debería ser exigido de 'bficio' por el Juez, nuestro derecho positivo lo deja en poder de la parte a quien interese denunciarlo. Si la herencia yacente, por contra fuera deamanda pues es el que tiene a su cargo la defensa de los intereses de la herencia - yacente tanto dentro como fuera del proceso.

Ahora bien, el problema se presenta cuando demandada la herencia yacente no existe aún el administrador y no se conozca quien puede serlo. En este caso, la masa de bienes no puede reaccionar por muy injusta que sean las pretensiones del actor, por lo que conviene arbitrar medios dentro del ordenamiento jurídico para obtener lo que falta.

El medio que arbitra RODRIGUEZ DE VALCARCEL es el de que como el Ministerio Fiscal es parte en los Abintestatos en representación de los que puedan tener derecho a la herencia (art. 972, L. E.C.) resulta de evidente interpretación analógica el conferirle la de

los sujetos llamados al que goce de una que está yacente hasta la adición".

Al lado de ésta, señala ROBLES GARZON, podría arbitrase otra: la petición junto a la demanda, de que en caso de que no exista administrador se nombre uno por parte del Juez: que será el encargado de responder por ella, siguiendo lo establecido en el artículo 973, 3º y siguientes de la L.E.C.

La posibilidad de dirigir acciones contra la herencia yacente está sancionada por la Jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Sentencia de 21 - VI - 1943 considera a la herencia yacente como "una masa o comunidad de interesados en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria". Lo mismo la resolución de 10 - II - 1916. Esta se debió a que un Juez de Primera Instancia e Instrucción, otorgó una escritura de venta a nombre de la herencia. El Registrado se negó a inscribir dicha escritura y planteados los recursos pertinentes la Dirección General de los Registros y del Notariado le ordenó inscribir. Inciden en esta posibilidad las sentencias de 18 - XII - 1963, en la que se lee: "... condenado a la herencia yacente... y en su nombre a los que se crean con derecho a ella...." Del mismo modo la sentencia de 17 - VI - 1963 y 14 - V - 1971.

En conclusión, podemos afirmar que la herencia yacente es un patrimonio con titular interino, no separado absolutamente de las personas llamadas a la herencia y, aun no teniendo personalidad jurídica, se le considera con aptitud para ser sujeto (capacidad para ser parte) en aquellos supuestos en que la Ley no lo impide o prohíba

por lo que las acciones se pueden dirigir contra ella y en representación de ella contra el administrador y demás personas que se crean con derecho a la herencia, sentencia de 21 - VI - 1943 y 14 - V - 1971.

Hemos de decir que el patrimonio se compone de derechos y no de bienes porque aunque estos son los que se aplican a las satisfacciones de las necesidades de una persona, el orden jurídico no tiene en cuenta las razones de proximidad material entre la persona, y los bienes ni la disponibilidad de hecho. Lo que el orden jurídico tiene en cuenta es el vínculo jurídico entre el bien y la persona de ahí que la "titularidad del bien" no el bien en sí, sea lo que ha de tener en cuenta el legislador a la hora de caracterizar y definir el patrimonio. Pero no es solo esto, sino que como pone de relieve FENECH (167) y CARRERAS (168) dentro del patrimonio deben de ser incluidos, evidentemente los derechos de crédito, que no constituyen bienes en sentido económico, sino facultad para obtenerlos.

La herencia yacente, pues, tiene capacidad para ser parte, pero no tiene capacidad para comparecer en juicio, por lo que habrá que hacerlo por ella el administrador, el cual ni representa al heredero o herederos ni a los acreedores ni a los deudores, ni es un representante legal, en el sentido del artículo 2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no ser la herencia yacente una persona jurídica, sino que es sustituto, es decir, ejercita la acción en nombre propio pero por derechos ajenos de aquí que ejercite, en nombre propio los derechos del patrimonio y en nombre propio sea demandado en juicio por las obligaciones del patrimonio. Es éste, parte pues, en virtud de la sustitución procesal.

8.2. - HERENCIA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO.

Esta es a juicio de ROBLES GARZON ,y tambien al nuestro, la segunda situación en la que la herencia debe de encontrarse para que pueda ser declarada en concurso o en quiebra en base al artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Cuando los llamados a heredar el patrimonio hereditario manifiestan expresa o tácitamente la voluntad de hacerla suya, se dice que "aceptan la herencia". Esta aceptación puede hacerse de dos maneras, pura y simplemente a beneficio de inventario.

El beneficio de inventario constituye una prerrogativa en virtud de la cual el heredero, así aceptante, no va a responder de las deudas hereditarias, sino, solo con los bienes de la herencia; de ahí - que siendo insuficientes estos bienes para saldar las obligaciones hereditarias el heredero no responde con sus bienes.

El administrador hereditario, al igual que ocurría con el administrador en la herencia yacente es el encargado de pagar a los - acreedores hereditarios, y éstos, a su contrario, sólo pueden dirigirse a este administrador, de ninguna manera al heredero, para hacer efectivos sus créditos contra la herencia. Como la aceptación a beneficio de inventario no modifica ni altera los privilegios que pudieran tener las acreedores del causante antes del fallecimiento de éste, debe de - mantenerse el "statu quo" de preferencias y el orden existente en materia de prelación. Así el artículo 1028 del Código Civil ocupa de la preferencia de los acreedores entre sí distinguiendo, que exista o no juicio pendiente sobre dicha preferencia. Si lo hay habrá de estarse al orden o prelación que la sentencia establezca; si no lo hay el administrador irá pagando los que primero, se presente siempre que sus créditos estén vencidos, porque de no ser así, equipararíamos la -- aceptación a beneficio de inventario a la declaración en concurso o en quiebra de la herencia. A pesar de esto, si hay constancia de que al-

guno de los créditos que quedan por satisfacer es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor hereditario de mejor derecho.

No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya. Estos acreedores hereditarios que no han cobrado, podrán pedir el concurso o la quiebra de la herencia, según proceda, en base al artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero en modo alguno le es dado perseguir los bienes propios del heredero para satisfacer su créditos.

El paso de la declaración en quiebra o concurso de una herencia aceptada a beneficio de inventario no se produce automáticamente al ser el pasivo inferior al activo, sino que es necesario una petición por persona interesada o legitimada y una declaración judicial, que aceptando dicha petición coloca a la herencia sujeta al procedimiento concursal correspondiente.

8.3. - HERENCIA ACEPTADA PURA Y SIMPLEMENTE.

Cuando una herencia es aceptada por el heredero pura y simplemente se produce una confusión de patrimonios de tal modo que según el artículo 1003 del Código Civil, el heredero va a quedar responsable de todas las cargas y deudas hereditarias no solo en los bienes de la herencia, sino también en los suyos propios. La confusión, pues es total, quedando el heredero responsable con una responsabilidad personal e ilimitada (art. 1911 del Código Civil).

Pero como ha dicho con acierto GUILLERMO GARCIA VALDECASAS (169), " el patrimonio hereditario pertenece al conjunto de los coherederos y de ello se deriva una radical separación entre la herencia indivisa y los patrimonios de los coherederos, separación -- que se manifiesta también en sometimiento del patrimonio indiviso a un régimen especial de administración uso, disfrute y disposición; en la sujeción a la responsabilidad por las deudas hereditarias, en la -- aplicación del principio de la subrogación real e incluso, en la posibilidad de relaciones jurídicas entre la herencia y los patrimonios personales de los herederos.

Así, pues, mientras la herencia se mantenga en un estado de indivisión, se evita que la confusión patrimonial inherente a la aceptación pura y simple se produzca con efecto plenos. De esta suerte se logra una representación de los bienes dejados por el causante. Separación de bienes, pues, y no separación de patrimonios, es lo que se produce cuando se acepta una herencia pura y simplemente y no se ha producido la partición, y la consiguiente adjudicación de los bienes -- de los herederos (170).

Y para nuestro estudio, es necesario y obligado señalar -- que mientras la herencia permanezca en la indivisión, conserva una -- "cohesión interna" que hace posible poder declararla, aunque media -- aceptación pura y simplemente, en concurso o en quiebra:

Por tanto creemos que las situaciones en que debe de encontrarse una herencia para que en base al artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda ser declarada en concurso o en quiebra son: la herencia yacente, la herencia aceptada a beneficio de inventario, y la herencia aceptada pura y simplemente cuando, siendo varios los herederos y todavía no se ha producido la adjudicación de los bie

nes relictos, éstos permanezcan en la indivisión.

Hemos tratado de esquematizar las diferentes situaciones en que una herencia debe de encontrarse para ser objeto de un proceso concursal y la posibilidad de que la herencia en esas situaciones señaladas pueda ser considerada como "parte" en el proceso; y caracterizado, así mismo, la incapacidad de la herencia para actuar por sí en el proceso, y hemos visto la forma de como se suple esta incapacidad y las obligaciones que el administrador hereditario tiene respecto a la herencia, de los herederos y de los acreedores de aquella. Así pues, si una de las obligaciones y la más importante que tiene el administrador es la de pagar a los acreedores de la herencia, resulta que en el caso de que observe que el activo del caudal relicto es insuficiente para en jugar el pasivo, creemos que el mejor modo que tiene el administrador hereditario de pagar a los acreedores hereditarios es el de pedir, en base al artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la quiebra de la herencia sin perjuicio de que, como dice el art. 1031 del Código --- Civil" el administrador no alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados o dará cuenta de su administración, a los acreedores y legatarios que no hubiese cobrado por completo".

El Artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice -- que " las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acree dores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los -- particulares; y si lo fueren se sujetarán a los procedimientos de estos juicios".

Una vez que hemos visto las situaciones en que debe encontrarse una herencia para que en base al artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proceda ser declarada en quiebra, vamos a ana

lizar de acuerdo con la finalidad de nuestro trabajo - el concepto y contenido de la administración de la herencia en quiebra.

El Artículo 1322 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que: " la segunda pieza comprende las diligencias de ocupación - de bienes del quebrado y todo lo concerniente a la administración de la quiebra hasta la liquidación total y rendición de cuentas de los síndicos.

Si tenemos en cuenta que la finalidad de la quiebra es repartir entre la masa de acreedores el activo de un deudor comerciante bajo el principio de la "par conditio creditorum" podríamos pensar que esta sección es "ocasional y accidental", más teniendo en cuenta que no siempre se llega inmediatamente a la realización de ese activo, es por lo que la Ley prevé y regula " la conservación y productividad del patrimonio que va a ser objeto de liquidación". De aquí que la administración de los bienes de la quiebra pese a ser solamente un estado de transición tenga un carácter inexcusable y revista una importancia excepcional, que se pone de manifiesto, como observa RAMIREZ (171), de una parte, porque formula la oposición al auto de declaración de la quiebra, queda en suspenso todo lo relacionado con la realización o liquidación - del activo, pero no todo lo que atañe a su conservación y administración,⁹ y de otro, porque es el período más largo - temporalmente hablando - que se produce en el procedimiento de quiebra.

El concepto de administración que ha de tener en la quiebra, se diferencia mucho de la administración de los bienes de una persona en particular, porque en esta, por lo regular se trata de conservarlos y beneficiarlos para aumentar sus rendimientos y en la quiebra de lo que se trata es de enajenarlos para pagar, cuanto antes a los acreedores.

El concepto de administración del patrimonio de la quiebra está sufriendo, dice URÍA (172) una profunda crisis porque se está orientando, frente al concepto clásico de la administración en sentido dinámico, ya que se dirige más que a la conservación de los bienes a la conservación del valor de esos bienes. A tal cambio de sentido, en la administración llega nuestra doctrina a través de dos caminos diferentes que los denomina "Teoría de la subyunción real" y "Teoría de la administración operativa".

Hay que sostener que la administración de la quiebra es funcional o dinámica, es decir, una administración que ha de procurar conservar el valor del patrimonio más que el conservar los bienes recibidos, pues, el valor de los bienes recibidos, más que estos en sí, es lo que sirve de garantía a los acreedores del quebrado.

POLO Y BALLBE (173), anotan, por su parte, que el concepto de la administración de la quiebra comprende todos aquellos actos que resulten necesarios para alcanzar el fin último de este procedimiento concursal; la enajenación de los bienes para la distribución de su producto entre los acreedores....; de ahí, que todo acto que tienda a la realización de los mismos, es, en la quiebra, un acto de administración.

Siguiendo esta orientación podríamos decir que, con la pieza de la administración de la quiebra, se proponen dos fines perfectamente configurados en dos etapas sucesivas: una primera etapa, en la que predomina principalmente una actividad preventiva y de aseguramiento a cargo del depositario-administrador: que podríamos denominar administración conservativa; y una segunda etapa, en la que predomina -- principalmente una actividad de realización del patrimonio a cargo de los Síndicos a la que se denomina administración alienativa.

Dado el concepto que se tiene de la administración en la quiebra de abarcar no sólo los actos de conservación del patrimonio recibido, sino también en los de disposición o enajenación en contra de la doctrina civilista, que contrapone los actos de administración - a los de disposición, se reconoce no sólo por la doctrina mercantil, sino por la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la razón suprema de esta - equiparación nos parece encontrarla, de acuerdo con ROBLES GARZON (174), en que todos los elementos que componen el patrimonio de una - persona se reducen por su calidad de bienes, a la idea común de un - valor económico revistiendo por eso mismo, el carácter de cosa fungible.

En la doctrina mercantilista, lo proclama expresamente -- BRUNETTI (175) , cuando pone de relieve que " la enajenación de los bienes del quebrado es una operación típica de administración, ya que gracias a esta liquidación se consigue la finalidad del procedimiento: la de reducir a dinero el activo concursal para repartirlo por cuotas entre los acreedores.

Del mismo modo, el jurista mejicano RODRIGUEZ (176), bajo el tema" el concepto de administración en el derecho mercantil y sobre todo, en el derecho de quiebra, es radicalmente distinto del -- concepto de administración civil. La Administración supone a veces disposición que son de administración, de donde se reduce que no pueden oponerse los actos de administración y los de disposición" por los menos en la quiebra.

GARRIGUES (177), siguiendo esta misma idea dice:" que la administración y conservación de los bienes de la quiebra sólo tiene sentido desde el punto de vista de su más provechosa enajenación.

La misma idea podemos verla expresada, aunque con diferentes palabras en GUASP, GARCIA VALDECASAS, URIA, POLO Y BALLBE, en sus respectivos dictámenes emitidos con motivo de la quiebra de la Barcelona Tracción Light And Power, Co Ltd.

La propia Ley de Enjuiciamiento Civil, al mismo tiempo que sirve de base a la opinión mercantilista y procesal del alcance del acto de administración de la quiebra, estatuye de modo preciso el alcance de estas funciones de administración que a los Síndicos se atribuyen. Así el artículo 1322 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al fijar el contenido de la sección segunda del proceso de quiebra, o pieza de administración, proclama que comprenderá todo lo relativo a : " Las diligencias de la ocupación de bienes del quebrado y todo lo concerniente a la administración de la quiebra hasta la liquidación total y rendición de cuentas de los Síndicos."

Es decir, claramente se advierte, que también para la Ley de Enjuiciamiento Civil, el concepto de administración, para la quiebra, no se agota con el alcance limitado que le atribuye la dogmática y el Código Civil, sino que abarca y comprende todos los actos de realización y enajenación de los bienes que constituye el activo, para hacer posible, con los resultados de la misma, la extinción del pasivo mediante el pago de los acreedores.

Contrario a esta opinión es RAMIREZ (178), para quien el concepto de administración de quiebra debe entenderse "strictu sensu" o lo que es lo mismo, en el sentido que le da la dogmática civil, pues dice este autor: "no creemos que en nuestro derecho positivo haya base para hacerlo extensivo a respuestas de enajenación o disposición, actos de dominio, que difícilmente encajan dentro del concepto de administración".

De lo dicho resulta que el concepto que de administración se tiene en la herencia, es diferente que el que se ha de tener cuando esa herencia ha sido declarada en quiebra, porque aunque la Ley de - Enjuiciamiento Civil; para la regulación en la administración de la quiebra, se remite a las disposiciones del abintestato, o lo que es lo mismo a un supuesto normal de administración de herencia; lo cierto es que su contenido varía, porque la administración del abintestato está destinada por esencia, no a transformar los bienes ni a convertirlos en dinero, si no a mantenerlos, en la medida de lo posible, en el "statuo quo" en que se hallan. De aquí, que, como no puede bastar dicho concepto para la administración de la quiebra, junto a los actos típicos de conservación, explotación y empleo racional de las rentas obtenidas, que añade como "prins" en la quiebra la posibilidad de disponer de dichos bienes, pues como se sabe, la quiebra tiende a satisfacer a los acreedores por medio de la venta, no solo por la administración de los bienes ocupados al -- quebrado. No otra cosa es lo que establece el legislador en el artículo 1345 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las llamadas "ventas urgentes" que el depositario puede hacer con permiso del comisario de la quibra. Estas "ventas urgentes" reguladas por el depositario administra--dor no se encuentran en la regulación que se hace para la etapa ulterior es decir, para la etapa en que cesando el depositario, los Síndicos - se hacen cargo de la administración de la quiebra, Hay, pues, una "apa--rente contradicción que es la de que mientras el depositario-administra--dor-órgano de carácter interino al que normalmente no corresponden - facultades liquidadoras -, se le atribuye el poder de hacer enajena--ción anticipada, y a los Síndicos - los verdaderos realizadores del pa--trimonio del común deudor -, no se le confiere por lo menos expresamen--te, atribuciones semejantes, de donde, incluso, podría inducirse a "sen--su contrario" como muy bien anota GUASP (179) " que el legislador eli--mina deliberadamente esta atribución".

Pero si se examina detenidamente esta contradicción que es

aparente tan sólo, se descubre, que no es más que una aplicación lógica del sistema seguido por nuestro legislador para la enajenación de los bienes de la quiebra.

Dice a este respecto GUASP (18o) " que la contradicción se resuelve pensando simplemente que el depositario-administrador, -- por no ser un cargo autorizado normalmente para enajena, necesita permisu legal expreso para realizar esta actividad. En cambio a los Sín-dicos, que son los sujetos encargados de la conversión en dinero de -- los bienes del deudor, la atribución de facultades de enajenación no -- se precisan porque las tiene encomendadas con carácter general y or-dinario que dispensa de cualquier indicación particular".

Por tanto el contenido de la administración de la quiebra, tanto cuando la desempeña el depositario, como cuando la desempeñan los síndicos, abarca los actos de disposición que en el Depositario es tán restringidos a las ventas urgentes con permiso del comisario y en los Síndicos no.

Junto a estos actos de disposición, la administración esta compuesta por los actos de custodia y actos de productividad y rentabi-lidad de los bienes.

Hay dos sujetos que se van a encargar sucesivamente de la administración de la quiebra. Estos son: el depositario y los Síndi-cos.

El depositario de los bienes de la quiebra será una perso-na física de la confianza del Juez de Primera Instancia a cuyo cargo se pondrá la conservación de todos los bienes ocupados al deudor hasta que se nombren los Síndicos , (Artículo 1044, 4º del Código de Comercio de 1829). No existiendo en la Ley de Enjuiciamiento Civil normas especí-

cas para esta figura, y teniendo en cuenta el carácter supletorio de los preceptos relativos al concurso, hay que tomar de éste las normas por las que se regulan.

Ahora bien, respecto a su nombramiento cabe, en el asunto que tratamos, hacernos una pregunta. ¿Puede ser depositario de la quiebra el propio administrador de la herencia?

La respuesta creemos que es como muy bien señala ROBLES GARZON (181) categórica en el sentido negativo fundándose en que si el administrador-depositario es heredero, al quebrar la testamentaria, -- quiebran también los herederos, al quebrar la testamentaria es un extraño a la herencia creemos que tampoco puede serlo porque nada impide -- que, quizás, la quiebra se haya producido a consecuencia de su mala administración. Existe la remota posibilidad de que el administrador de la testamentaria pueda ser nombrado depositari-administrador, siempre y cuando reuna estas tres circunstancias fundamentales: no ser heredero, insolvencia producida claramente con anterioridad a su nombramiento (cuestión difícil de dilucidar) y, que sea persona de la confianza del Juez.

Quebrada la herencia al administrador se le priva de sus facultades de administración, pasando estas, hasta que se nombren los Síndicos a manos del Administrador-depositario, el cual cesaría en sus funciones el mismo día en que lo Síndicos tomen posesión de sus cargos como expresamente establece el artículo 1185 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

. Cesado en su cargo, por el hecho de desempeñar la doble función de depositario y administrador, debe, por un lado, entregar los bienes que tuvo en su poder y, por otro, rendir cuentas a los Síndicos de su administración.

La entrega de los bienes a los Síndicos (artículo 1185, 1ª y artículos 1355, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1081 - del viejo Código de Comercio), ha de ir precedida por un inventario de todos los bienes, libros y documentos de la quiebra con asistencia del Comisario (Artículo 1079) y citación del quebrado o administrador de la testamentaria, realizado el inventario, se entregarán los bienes bajo recibo a los Síndicos.

En cuanto a la rendición de cuentas, dispone la Ley que el depositario de la quiebra rendirá cuenta formal y justificada de su gestión a los Síndicos en los tres días siguientes al nombramiento de éstos (artículo 1082 del Código de Comercio, artículo 1185 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El plazo empezará a contarse, no a partir del día del nombramiento de los Síndicos sino, desde el día en que tomasen posesión de su cargo. A la propia conclusión nos lleva el artículo 1355 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual "la aceptación y juramento del cargo por los Síndicos a de ser anterior a la entrega a los mismo de haber o documentos de la quiebra, y por tanto, a la rendición de cuentas por el depositario".

Para el examen impugnación de las cuentas presentas por el depositario, dice el artículo 1356 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se procederá según el orden establecido para este asunto en el juicio de concurso, previo informe del comisario. El artículo 1185, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice "... cuando el depositario rendía cuenta justificada, correspondiendo su aprobación al Juzgado con audiencia de los Síndicos". Como éste es el único precepto - que dentro del concurso se refiere a la rendición de cuentas hay que estar a lo dicho en este artículo, que coincide con el artículo 1082 del Código de Comercio de 1829, que decía: " el depositario de la quiebra

rendirá cuenta formal justificada de su gestión a los Síndicos en los tres días siguientes al nombramiento de éstos y, con su audiencia, y el informe del Comisario, proveerá el juzgado lo que corresponda sobre su aprobación o a la separación de los cargos que resulten al depositario.

A partir del nombramiento de la Sindicatura el depositario-administrador cesa, como es sabido, en sus funciones pasando a aquellas la administración de la quiebra que conservarán hasta que a aquella finalice, bien de un modo normal - liquidación -, bien de un modo anormal - caducidad, revocación, desestimiento, etec, etec. -, mientras que tenga a su cargo la administración estarán obligados, bajo su responsabilidad a conservar y administrar con diligencia los bienes de la quiebra, procurando que den las rentas, productor y utilidades que corresponda a su naturaleza (artículo 1229, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Para garantizar esta obligación, La Ley esta--blece, que una vez cesados los Síndicos en su función, que como sabemos se produce con la Liquidación del activo, estarán obligados a rendir cuentas de su administración para lo cual el Juzgado convocará junta de acreedores que conserven interés y voto en la quiebra (articulo 1134 del Código de Comercio de 1829), en tal junta, con asistencia del quebrado se deliberará, sobre su aprobación, oyendo antes, si se estimase necesario, el informe de una comisión que haga el reconoci-
miento y comprobación de las cuenta cuenta presentada por los Síndicos se deducirán aquellas en forma ante los jueces de la quiebra. No obstante la aprobación de la junta, podrá el quebrado - que en nuestro - caso es el administrador hereditario o cualquier acreedor impugnar en juicio, a sus expensas y bajo su responsabilidad individual, las cuentas de los Síndicos, haciendolo en el termino de ocho días. Si no se intenta reclamación alguna en este plazo, quedará firme e irrevocable la resolución de la junta.

Por lo que se refiere a la entrega de los bienes que estuviesen en poder de los Síndicos, el artículo 1246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresa que "... aprobadas las cuentas de los Síndicos, hará entrega de los libros, documentos y de los bienes que hubiesen quedado después de haber satisfecho los créditos y las cosas de la quiebra, más no habiéndose satisfecho integralmente a los acreedores, lo que sucederá si la quiebra es verdadera", el artículo 1246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: "se conservarán en la escribanía los libros y papeles útiles unidos a los autos para los efectos sucesivos".

Puede ocurrir que los Síndicos dejen de tener esta calificación antes de que se produzca la liquidación de los bienes, bien por renuncia, bien por emoción o impugnación. En este caso dispone la Ley que "rendirán igualmente sus cuentas en un tiempo breve, las cuales se examinarán en la primera junta de acreedores que se celebre con previo informe de los Síndicos". (artículo 1135 del Código de Comercio de 1829) ahora bien, saliendo del paso del interrogante de que ¿y si ya no se celebra junta de acreedores?. El artículo 1245 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que: "en este caso su aprobación corresponde al Juez con la audiencia de los nuevos Síndicos, - agregando, que si hubiera aprobación ésta se sustanciará por los -- tramites establecidos por los incidentes, pudiendo ser parte los acreedores que lo soliciten..." Por similitud con el artículo 1134 del Código de Comercio de 1.829, el deudor quebrado en nuestro caso el administrador de la herencia, podrá ser parte en esta oposición a las -- cuentas presentadas por un Síndico que cese o se separe de la Síndicatura.

La impugnación de las cuentas de los Síndicos se sustanciarán, dispone el artículo 1364 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, - por los tramites del juicio ordinario que corresponde a su cuantía, en la misma pieza de antes - si estuviera ya evacuado todo lo concernien

te a la administración de la quiebra - o en ramo separado si no estuvie
se aún incluida su liquidación (artículo 1364 de la Ley de Enjuiciamien-
to Civil).

¿Puede ser Síndico un coheredero ? NO.

= NOTAS =

- 131.- BROSETA, M.- Manual de Derecho Mercantil, 2ª ed. Edi. Tecnos, año 1974, pág. 640.
- 132.- GARRIGUES, J.- Curso de Derecho Mercantil. Tomo II, 5ª Ed. Revisada, corregida y puesta al día por RAFAEL GIMENEZ DE PARGA, Año 1969 pág. 374.
- 133.- ALMAGRO NOSETE, J.; FENECH, M.; PRIETO CASTRO, Leonardo.- Derecho Procesal II, Unidades didácticas, Universidad a Distancia, Madrid 1976.
- 134.- GUASP, J.- Derechos Procesal Civil II.- Ob. cit. págs 318 y sgtes
- 135.- BROSETA, M.- Manual de Derecho Mercantil.- ob.cit. pags. 641 y ss.
- 136.- GARRIGUES.- Curso de Derecho Mercantil, obra cit.
- 137.- NAVARRINI, H.- La quiebra, Biblioteca jurídica de autores Vol. CLXVI
- 138.- URÍA Y RAMÍREZ
- 139.- KOHLEZ: Lehrbuch des Konkursrecht, Stuttgart, 1891
- 140.- SALGADO DE SOMOZA: Laberynthus creditorum concurrentium, Valladolid 1946.
- 141.- GARRIGUES, J. Curso de Derecho Mercantil., Ob. Cit.
- 142.- SANCHEZ CALERO, F.- en Curso de Derecho Mercantil, J. GARRIGUES, Tomo II.- 6ª Ed. revisada con la colaboración de SANCHEZ CALERO, pág. 444- 1974.
- 143.- ALMAGRO NOSETE, M. FENECH, L. PRIETO CASTRO.- Derecho Procesal II, Unidades Didácticas.- Universidad a Distancia, - pág. 27.
- 144.- ALMAGRO NOSETE, M. FENECH, L. PRIETO CASTRO.- Derecho Procesal II, Unidades Didácticas.-Universidad a Distancia, - obra cit. pág. 29.
- 145.- ALMAGRO NOSETE, M.; FENECH, L. PRIETO CASTRO.- Unidades didácticas de Derecho Procesal II.- Ob. cit. pág 42.

- 146.- GUASP, J. Derecho procesal civil.- Tomo II.- 1977
- 147.- SAURA JUAN, J.- Quiebras, Instituto editorial Reus.- Madrid - 1952 pág. 101.
- 148.- RIVES Y MARTI, F. Concurso de Acreedores y Quiebras, Tomo II pág. 466, Ed. Reus.- Madrid 1954.
- 149.- SAURA JUAN, J.- Quiebras, ob. cit. pág. 106.
- 150.- PRIETO CASTRO, L.- Derecho Concursal, Procedimientos Sucesorios, Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares pág. 68. Ed. Taurus, 1978.
- 151.- SAURA JUAN, J.- Quiebras, ob. cit. pág. 111.
- 152.- RIVES Y MARTI, F. Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de acreedores y quiebras.- ob. ct. pag. 477.
- 153.- Ver teoría Y Práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de Acreedores y de quiebras de FRANCISCO DE R. RIVES Y MARTI, Tomo II, tercera ed. corregida y adicionada por JOSE SAURA JUAN, Ed. Reus, Madrid 1954 págs. 461 - 482.
Quiebras de JOSE SAURA JUAN Ed. Reus, Madrid 1952 págs. 99-123.
- 154.- CASTAN TOBEÑAS: Derecho Civil Español, común y foral; Madrid 1963 VI, pág. 94.
- 155.- ROBLE GARZON, J.A. La quiebra de la herencia, Barcelona 1979 pág. 51
- 156.- ENNECERUS: Tratado, traducido al español pág. 614.
- 157.- F. DE CASTRO: Derecho Civil de España: Madrid 1952 pág. 582
- 158.- ROCA SASTRE: Construcción jurídica sobre la titularidad de la herencia yacente, R.N.C. 1936 pág. 23.
- 159.- F. DE CASTRO: Temas de Derecho Civil, Madrid 1972 pág. 60
- 160.- PRIETO CASTRO: M.U.E. -II- 1ª Madrid 1973 pág. 56.
- 161.- GUASP, J. Derecho procesal Civil I.- Madrid 1968 pág. 65
- 162.- GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA: Derecho Procesal Civil, Madrid 1969 I pág. 119.

- 163.- ROBLES GARZON, La quiebra de la herencia ob. cit. pág. 59
- 164.- DE LA OLIVA: La Sociedad, pág. 93 y ss. DE la misma opinión RAMOS MENDEZ: La sucesión procesal, Barcelona 1974 pág 127.
- 165.- Véase al respecto GUTIERREZDE CABIADDES: La excepción dilatoria. Estudios de Derecho Procesal. Ediciones Universidad de Navarra 1974, pág. 248.
- 166.- PRIETO-CASTRO: M.U.E.- Conceptos generales, Procesos declarativos Recursos II-1º Madrid, 1963, pág. 63.
- 167.- FENECH, M.- Derecho procesal tributario, Barcelona 1949, II pág 82
- 168.- CARRERAS% El embargo de bienes, ob. cit. Barcelona 1957, pág. 149.
- 169.- GUILLERMO GARCIA VALDECASAS: " La comunidad hereditaria en el Derecho español " Anales de la Academia Matritense del Notariado 1953, pág. 256.
- 170.- GARCIA BAÑON : " El beneficio de separación", Madrid 1962, -- pag. 20-21.
- 171.- RAMIREZ: Derecho Concursal español. La quiebra, Barcelona -- 1959, pág. 678.
- 172.- URÍA: "Dictamen" pág 224-225.
- 173.- POLO Y BALLBE, Dictamen pág. 54.
- 174.- ROBLES GARZON: La quiebra de la herencia, ob. cit. pág 153.
- 175.- BRUNETTI: " Tratado de quiebras" Mejico 1945 pág. 266.
- 176.- RODRIGUEZ: "Curso de Derecho Mercantil" Mejico 1947. II pág -- 807 y 814.
- 177.- GARRIGUES: Curso de Derecho Mercantil, 1972, I pág. 169.
- 178.- RAMIREZ: " La quiebra ", ob. cit. pág. 684.
- 179.- GUASP: Dictamen, cit: pág. 381.
- 180.- GUASP: Dictamen, cit. pág. 10
- 181.- ROBLES GARZON: La quiebra de la herencia, ob. cit. pág. 157.

CAPITULO III

LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES EN LA HERENCIA:

ABINTESTATO Y TESTAMENTARIA

1. - ADMINISTRACION Y HERENCIA.

Nuestras leyes emplean de forma general la palabra administración, dentro del plano patrimonial, en un doble sentido:

a) Como conservación de los bienes de administración en este sentido se refiere, pues, a la realización de una serie de actos secundarios.

b) Como pleno dominio de una persona sobre determinados bienes, comprendiendo, entonces dentro de su concepto lo más amplios poderes no sólo los de conservación o administración "strictu sensu", sino también los de disponer y los de gravar. En este sentido se dice que una persona administra lo que es suyo o que tiene libre administración de sus bienes. Como esta segunda acepción de "administración" no nos interesa por su extensión, ya que nosotros tratamos de una administración sobre bienes ajenos y no propios, es necesario analicemos el concepto de administración como actividad de gestión o conservación, o como la dirección de un menor, de un pródigo o de cualquier particular.

El acto de administración tiene en el derecho positivo español infinidad de aplicaciones, la ausencia, el régimen matrimonial de bienes, los premios, el mandato, la administración hereditaria, etc... más, si no fijamos en estos institutos jurídicos y reconocemos "a priori" que no pueden considerarnos actos de administración más que aquellos que la ley considera como tales, encontramos que, en nuestra legislación no existe ni enumeración ni descripción genérica de lo que pueda ser el contenido del poder de administración. Así, V.gr., en la Ley de Enjuiciamiento Civil aparece el vocablo administración administrada en los artículos 63,2; 946,3; 967; 976; 1005 del Código Civil; "pie

za de administración" en 1069 y 1907 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 1167 y 1179 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del mismo modo aparece el vocablo administración, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio. El sentido legal de administración aparece, pues, como un conglomerado de ideas no bien definidas de ahí, que sea necesario, en defecto de manifestación legal al respecto, fijar el alcance específico de las facultades del acto de administración.

La fijación del alcance de la administración es difícil porque los poderes de la "administración" resultan a veces de la propia Ley - y otros del negocio jurídico (testamento o contrato), de ahí que los actos que el administrador puede realizar, varían hasta el infinito de acuerdo con nuestro sistema de autonomía de la voluntad; por lo que no deben servir como base, para determinación de un concepto genérico de acto de administración, los poderes conferidos al administrador mediante un negocio jurídico, sino más bien, los que la Ley conciba usual o invariablemente como contenido de la misma.

El legislador parece dar un atisbo de definición del contenido de la administración en el artículo 185 del Código Civil, al decir: - "el representante del declarado ausente quedará atendido a las obligaciones siguientes. conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueran susceptibles", pero si por acto de administración se puede entender aquellos - actos integrantes de una actividad dirigida a la conservación y explotación del valor económico de un patrimonio, más completa es la definición que PLANIOL Y RIPERT (182) exponen: Estos consideran que por acto de administración se ha de entender "aquellos actos que tienden, por - procedimientos normales, a la conservación y explotación del patrimonio, así como el empleo de las rentas".

Con el acto de conservación empieza el concepto de acto de administración. Es la primera manifestación o estudio, de la administración. La característica de este acto es no comprometer en modo alguno, ni el valor del bien o bienes a los que se aplica, ni su individualidad ni su existencia. Entre otros actos podemos destacar: reparaciones, seguro sobre los bienes, etc.

Actos de explotación: consisten en realizar aquellas operaciones jurídicas o materiales susceptibles de hacer rendir a un bien o a un conjunto de bienes determinados, los provechos o rentas que por su naturaleza o destino deben de procurar regularmente a su propietario. En este sentido, puede ser claro ejemplo de acto de explotación el arrendamiento de un inmueble.

Por último, el ejemplo racional de los provechos obtenidos, consiste en emplear las rentas en la forma más acorde con su naturaleza, llegando incluso a la enajenación de los mismos.

Sobre la posibilidad de que la enajenación se incluya en el contenido del acto de administración hay que inclinarse por la solución negativa, porque aunque se manifiesta, de manera clara en el artículo 1020 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el "administrador - podrá vender en época y razón oportuna, los frutos que recolecta como producto de su administración y los que produce en concepto de rentas de los bienes.....", este artículo no ha hecho más que recoger la idea que expresaban los juristas romanos en la figura de los "procuradores". Estos no podían vender las cosas que se le habían dado en administración sin que precediese un mandato especial del dueño de la misma, pero se exceptuaba de esta regla los frutos y demás cosas que

podían corromperse y perecer, porque esto era acto de administración.

Cualquier enajenación que no tenga este contenido, está fuera del ámbito de la administración. Cuando se hubiesen de vender bienes, según el artículo 1030 del Código Civil, para el pago de deudas y legados, el administrador no puede hacerlo porque así lo establece el artículo 1031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En base a este artículo el administrador lo que hará, es proponer al Juez la venta de cualquiera de dichos bienes, el cual la decretará verificándola en pública subasta y previo avalúo por peritos. La escritura de venta se otorgará por el administrador demostrando su personalidad y que han cumplido las formalidades legales.

Para GITRAMA (183) el acto de administración es un acto jurídico que, recayendo sobre un conjunto de elementos igualmente individuales tiene, ya a la puesta en explotación de los mismo, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio. Como puede observarse esta definición propuesta por GITRAMA, deja a un lado la naturaleza jurídica objetiva de cada uno de los actos, pues se calificarán como de administrativos o no según las circunstancias. Así, una enajenación será o no acto de administración según recaiga sobre el capital o sobre los rendimientos, es decir, sobre el bien en si o sobre sus rentas (184).

El segundo presupuesto conceptual en un estudio que versa sobre la administración de la herencia, una vez sentado el concepto de administración, ha de referirse lógicamente al concepto de herencia. No entra dentro de nuestro propósito dada la finalidad concreta de este

trabajo el indagar, ni siquiera el exponer en todo su complejo alcance, el cúmulo de problemas surgidos en derredor de la naturaleza jurídica de la herencia. Nos proponemos mas bien esbozar, tan brevemente como nos sea posible, una noción de herencia en sentido objetivo que baste a constituir unas bases previas para nuestra tesis.

Con todo, recordemos cómo la palabra "herencia" puede significar (185) ya el acto de heredar, en cuyo caso equivale a sucesión y adquiera un matiz subjetivo, ya el patrimonio que se transmite mortis causaa, punto de vista este objetivo y único que aqui nos interesa.

La noción parece perfilada por nuestro Código Civil en un precepto básico, el 659, a cuyo tenor comprende la herencia todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte. Culmina así el caracter progresivamente patrimonial que puede observarse a través de la evolución del concepto en la legitimación histórica. Y en presencia de nuestro Código Civil, no puede hallar mejor acogida la definición de POLACCO (186): "herencia es el patrimonio del difunto deferido mortis causa"; conéctase así decididamente el concepto de relaciones jurídicas patrimoniales - con valor pecuario - pertenecientes a una persona.

El tema del patrimonio tiene ganada fama de difícil y controvertido, pero como nuestra intención no es más que la de perfilar un poco este concepto vamos a conceptuarlo de acuerdo con ROBLES GARZON (187) como un conjunto de derecho y obligaciones con apreciación económica directa, que agrupados por la común pertenencia a una persona o a un fin, forman una una unidad (no universalidad) que se encava dentro de la esfera jurídica de disposición de un determinado sujeto.

Conjunto de derechos - pero no de bienes y obligaciones. Es usual en la doctrina, el computar el pasivo juntamente con el activo como integrantes del patrimonio. Ahora bien modernamente ha habido - una corriente doctrinal, encabezada por VON THUR (188), que se esfuerza por demostrar que el patrimonio no se compone de obligaciones sino de derechos, siendo aquellas, "cargas o detracciones del mismo". ¿Cómo, dicen los defensores de esta teoría, una deuda puede ser -- parte de mi patrimonio si respondo de ella con todo mi patrimonio?.

Las deudas, pues, constituyen, sin lugar a dudas, el - elemento pasivo del patrimonio. Bienes y deudas, como un todo, establecen el estado patrimonio (solvencia e insolvencia) de un individuo. El patrimonio se compone no de bienes, sino de derechos y obligaciones aunque nuestro ordenamiento positivo tenga del mismo un sentido - económico como "el conjunto de medios o recurso (bienes) consagra-- dos a las necesidades y relaciones de su titular", tal como deducimos de los artículos 181, 184, 185, 187, 188, 190, 199, 634, 1003, 1004 entre otros del Código Civil. El patrimonio se compone de Derechos y no de bienes como lo ponen también de realce FENECH Y CARRERAS (citados en este trabajo anteriormente con el mismo fin).

Con apreciación económica directa. La totalidad de los derechos pertenecientes a un sujeto dice FERRARA (189) forman su esfera jurídica. En ella se comprenden derechos de naturaleza personal, de derechos de familia, derechos públicos y derechos de contenido económico en suma, toda la potestad que el sujeto asuma en fuerza del Derechos subjetivo. Dentro de la esfera jurídica radica como círculo más restringido, pero importante en grado sumo, el grupo de los derechos que tienen valor pecuario, el cual se llama patrimonio.

Hasta ahora hemos venido considerando el patrimonio como

conjunto de derechos, más como nos ha puesto de manifiesto FERRARA, solo algunos de estos derechos pueden ser calificados como patrimoniales, y lo que sirve para calificarlos así, no es más que la posibilidad de ser valorados económicamente, es decir, que reporten al titular del mismo una ventaja económica, bien por su transferencia o permuta, bien por su uso. Valor en venta o valor en uso es lo que hace que un determinado derecho adquiera la categoría de patrimonial. De aquí que, al no poderse expresar en numerario, tengamos que excluir del patrimonio los derechos personalísimos (derecho de vida, a la integridad física y moral, al nombre, etcétera), los derechos familiares (190) y los derechos políticos, los derechos sociales y corporativos.

A pesar de esto, no hay que olvidar que estos derechos "no patrimoniales" están protegidos por el Derecho objetivo por lo que, en el caso de que se violen, nace para el sujeto titular del mismo, una acción para exigir responsabilidad civil. La responsabilidad civil se traduce en un resarcimiento pecuniario por lo que se deduciría que estos derechos, al tener esta valoración económica, podrían ser patrimoniales. Esto no es así. La razón es bien sencilla y es que la valoración económica del derecho ha de ser directa o lo que es lo mismo ha de valorarse "por sí" sin necesidad de que su contenido económico venga determinado por un elemento extraño: su lesión.

Si como vemos el derecho en sí no es patrimonial no podemos decir lo mismo de la facultad de percibir la cantidad a la que asciende el resarcimiento porque ésta - ya se considere, dice CARRERAS (19) como un derecho subjetivo pleno e independiente; ya como una expectativa, mientras no recaiga sentencia condenatoria; ya como una facultad procesal en sede ejecutiva - , en cuanto que tiene contenido económico, es patrimonial.

Dentro de los derechos no patrimoniales hay situaciones dudas a las que ni se les puede considerar ni como patrimoniales plenas, ni se les puede negar tal carácter, es el caso.

Si como vemos el derecho en sí no es patrimonial, no partes del mismo (ojos, riñones, etc...) para antes o después de la muerte.

Mucho se ha discutido sobre el particular, y aun admitiendo - la licitud de dichos actos no podrán considerarse nunca como patrimonial y por ende enajenable, el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, pero ¿ el ejercicio concreto del derecho, es patrimonial o no ?. Creemos con ROBLES GARZON que volvemos a la misma situación anterior, - por lo que podemos decir que la contraprestación económica que el sujeto reciba como consecuencia del concreto acto de disposición, sería patrimonial, y que entra en el patrimonio en forma de crédito y por ende - susceptible de servir de garantía para los acreedores.

Del mismo modo, que el carácter económico de los bienes (derechos) que componen el patrimonio es una característica que la doctrina acepta unánimemente, la doctrina discrepa en orden a los caracteres y naturaleza del mismo. Estas discrepancias repercuten en las definiciones que del mismo se dan.

Hay un grupo de autores que consideran que la nota peculiar del patrimonio es la universalidad. A virtud de ella el patrimonio se concibe como un todo; un complejo que consta de parte pero que es diverso de las simple suma de esas partes (192).

Otro grupo de autores hallan en el patrimonio un conjunto de relaciones jurídicas no concibo como independiente y separado de los - elementos que la forman, ni, en otros términos, un bien incorporal, sino meramente un conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico (193).

Pero lo cierto es, dice CASTAN TOBEÑAS (194) que en el patrimonio hay siempre una idea de cohesión o unidad, pero ésta no debe ser exagerada, por lo que siguiendo esta idea define el patrimonio como " el conjunto de derechos susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente unidos entre sí por la afectación a un destino especial y a los que la Ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (universitas iuris) de la que forman parte también las obligaciones del titular. "

La idea de " universitas " como característica del patrimonio va perdiendo fuerza para ser sustituida por la idea de lo que en verdad existe en "un conjunto de bienes y derechos " una "unidad", ya la conceptuemos de índole objetiva o meramente funcional, que agrupa todas las situaciones y relaciones jurídicas del titular del mismo.

Ahora bien, a pesar de todas las críticas dirigidas contra el patrimonio como "universitas iuris" es necesario admitir que el legislador ha dispuesto las cosas, creando una de tantas ficciones que el Derecho reconoce, para que en ciertos casos el patrimonio se considere como una universalidad jurídica.

. Cuando el legislador establece esta ficción lo hace, no porque considere que el conjunto de los derechos constituyen una "universalidad" por pertenecer a una persona, sino lo que sucede es que, para ciertos y determinados fines, la ley los unifica. De aquí, que la unificación del patrimonio, responde a un fin querido por la Ley, y, por lo tanto, sólo puede hallarse del patrimonio como universalidad en los casos y dentro de los límites, marcados por la ley.

Los casos para los que la ley crea esta ficción son los juicios

universales de concurso - quiebra y herencia. En la herencia una vez desaparecido el titular del patrimonio, éste toma la consideración de "unidad" e independientemente de la aceptación del heredero, la herencia es considerada como un todo, como una unidad superior que engloba a los -- elementos patrimoniales del difunto. Lo mismo sucede en la quiebra o concurso. Tanto en un caso como en el otro, mientras el titular viva o no sea declarado judicialmente en quiebra o concurso, la unidad del patrimonio, aunque exista en la conciencia común, no produce ningún efecto jurídico independiente de los que puedan producir los diferentes elementos de que se compone, más producida la muerte o declarado en quiebra, la ley constriñe, dilimita y reduce a la unidad toda sus relaciones jurídico patrimoniales al objeto de determinar la posición del sucesor o al -- objeto de determinar la posición del sucesor o al objeto de la liquidación o garantía de los acreedores.

En estos casos, el patrimonio surge y aparece con sustantividad, autonomía y separación, en una palabra, el patrimonio es una "universitas iure", fuera de estos casos, vano sería intentar buscar la figura del patrimonio universitas. Cabe que el patrimonio sea reducido por su titular a una cifra expresiva de la unidad matemática (patrimonio neto) pero no cabe que esa unidad matemática sea una unidad jurídica.

Unidad o conjunto, no universalidad, es lo que caracteriza a los derechos que componen el patrimonio, por lo que la unidad del patrimonio no puede tener un tratamiento distinto del que tienen los elementos que lo componen, de aquí, que ni pueda hablarse de "propiedad sobre el patrimonio" ni, como dice el artículo 506 del Código Civil, "usufructo de patrimonio" como algo distinto de la propiedad o usufructo sobre cada uno de los derechos que lo componen, de tal modo que cuando el titular enajena todos los elementos que lo componen en un momento dado, el adquirente, lo que recibe, no es el patrimonio del enajenante sino

la suma de los derechos que le corresponden en el momento de efectuarse la transferencia.

Por nuestra parte, pues, hemos preferido configurar el patrimonio no como un bien, una "universitas" sino simplemente como una suma de elementos activos, gravada con elementos pasivos, todos los cuales poseen una cualidad común, a saber: la pertenencia a un mismo sujeto.

Pues bien, cuando ese patrimonio se transfiere "mortis causa" y a título universal a otra persona, se convierte en herencia. Desde el punto de vista que nos interesa, el patrimonio de una persona queda, después de su muerte, casi idéntico a como había sido en vida de su titular, salvo algunas peculiaridades que rodean la nueva situación, pero que no atañen en absoluto a su substancia. Dichas particularidades hacen relación a que no todos los elementos patrimoniales de la persona pueden formar parte integrante de una herencia.

El artículo 659 del Código Civil restringe el alcance objetivo de la herencia a los bienes, derechos y obligaciones de una persona que perduran tras la muerte de la misma. Ahora bien, ¿Cuáles serán esas relaciones patrimoniales, atribuciones y deberes que no se extinguen al fallecimiento de su titular, sino que le sobreviven transmitiéndose a sus sucesores?

Evidentemente es preciso aludir aquí, con SANCHEZ ROMAN (195), a toda clases de bienes: muebles e inmuebles, presente y futuros corporales e incorporeales, o prestaciones, derechos y obligaciones; y créditos ya deudas, acciones y excepciones, títulos válidos y rescindibles o anulables, situaciones jurídicas perfectas e inmediatamente exigibles en sus consecuencias o situaciones jurídicas en formación todo género de expectativas de derechos pendiente de realizarse o no por in-

fluencia de condición plazo, etc. Incluso pueden entenderse englobados en el concepto de herencia, a fuer de transmisibles, aunque no sean propiamente patrimoniales, algunos derechos de la personalidad, como la accción de reclamación de estado de hijo legítimo. (ver nueva redacción del art. 118 del Código Civil).

Por el contrario, hay que pensar con GITRAMA (196) que no entran a formar parte de la herencia:

1º). - Los derechos cuya duración se halle legal o convencionalmente limitada a la vida del causante, tales como el usufructo (art.- 513 C.C.), el uso y la habitación (art. 525 CC), o establecidos con el término extintivo de la fecha de dicho fallecimiento (mandato, prestación de servicios, arrendamiento no constituido en la forma prescrita por la Ley), los previstos en el artículo 1257, ciertas obligaciones de hacer - concertadas "intuitu personas" (artículos 1161, 1595 CC).

2º). - Los derechos de carácter estrictamente personal, esto es, aquellos que solamente el fallecido podría ejercer, tales como el de indicación de estado o de impugnación de la paternidad, el derecho de permanecer asociado en las sociedades de personas cuando éstas, por clausula expresa, no hayn de continuar con los herederos. Por ejemplo, declaro el T.S. en sentencia de 30 de noviembre de 1920 que el hecho de fallecer extingue la personalidad jurídica y, por ende, la sociedad de que el finado formaba parte. El deber de alimentos, la responsabilidad civil (art. 442 CC), la penal y la casi totalidad de los empleos cívicos - aludidos en el artículo 64, así como los honores (empleo público, servicio militar, títulos y condecoraciones individuales o colectivas, derecho de sufragio o de ser elegido, etc.). Así lo estableció la sentencia de la Sala 3ª del T.S. de 2 de enero de 1.929, entre otras.

3º). - Los derechos de propiedad exclusiva, como la paternidad literaria o artística de una obra, sobre la que únicamente compete a los herederos el usufructo, la paternidad industrial de un invento, - etc.

4º). - Los derechos inherentes a la persona concreta o a cada estado civil, como los de tutor, protutor y vocal del Consejo de Familia, albacea, administrador, patria potestad, autoridad marital, derecho de adoptar, estado coyugal, etc.

Basta lo expuesto a configurar el alcance objetivo de la herencia de cuya administración vamos a hablar .

2. - EL ADMINISTRADOR DE LA HERENCIA.

2.1. - Concepto y naturaleza jurídica.

El titular, la persona que realiza actos de administración es llamado administrador, Este nombre se emplea sobre todo para el administrador de bienes ajenos pues, respecto del propietario, basta designarlo con tal expresión para entender que tiene facultades de administración.

Siguiendo a PINTO RUIZ (197) cabe definir al administrador como "aquella persona encargada de realizar actos de administración en el patrimonio (o determinados bienes), ya de otra, ya común con otra u - otras, con facultad de ejercitar otros actos que excedan de la mera ad

ministración si así se lo concede la ley o el negocio jurídico gracias al cual se le ha conferido el cargo". De esta definición se sigue que la administración de un patrimonio o de unos bienes determinados del mismo puede tener su origen en la ley - caos, por ejemplo, de los artículos - 159 y 1412 del Código Civil - o en un negocio jurídico, si bien la realidad nos presenta también otras formas de administración que nacen: de la designación de un administrador hecho por la autoridad judicial - caso de los artículos 966 y 1069 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,- o de la actuación personal de hecho del administrador, es decir, sin título alguno que legitime para su actuación como en el caso previsto en el artículo 1888 del Código Civil.

En íntima conexión con el administrador de la herencia se encuentra el albaceazgo, pues salta a la vista con sólo recordar que la mayor parte de los testadores, proveen a la administración de los bienes hereditarios mediante concesión a los albaceas de las oportunas facultades al amparo del artículo 901 del Código Civil. La similitud de motivación de unas y otras funciones es, además, patente, debiendo los testamentos realizarse tras la muerte de quien lo ordena, podría ocurrir que faltase quien cumpliera lo dispuesto, ya por no haber heredero, ya por no aceptar el nombrado o por culpa del que tomase la herencia, eventualidades que desaparecerían mediante la designación de una o varias personas a quienes el testador encarga la ejecución de su última voluntad, llamadas por lo mismo ejecutores testamentarios o albaceas. Y de la misma manera, no pudiendo quedar los bienes hereditarios sin administrar después del fallecimiento de quien los trasmite, podría fácilmente suceder que no hubiese quien se ocupase de dicha administración por no haber heredero, por no aceptar el nombramiento o por cualquier otra eventualidad, lo que se previene por medio de la designación de una o varias personas como administradores hereditarios.

La facultad de administrar que pudiera conferirse a los albaceas que de suyo carecen de ella, no es, en modo alguno, contraria a las leyes, si se contempla bajo el prisma del artículo 901; así, pues, aquellos podrán administrar el caudal hasta que sea entregado a los herederos; y aun en el caso de que se promueva juicio de testamentaría, pues que, según el artículo 1096 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en él se cumplirá lo que el testador hubiere dispuesto sobre la administración de su caudal hasta entregarlo a los herederos. Y mediante la concesión de tal facultad, también podrá el albacea administrar los bienes del testador cuando éste haya ordenado que el todo o parte de esos bienes se distribuyan entre diversa persona sin designación de nombres, porque expresamente reconoce al testamentario la facultad de administrar, en este caso, el párrafo 1º del artículo 1124 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En relación con estas posibilidades es preciso convenir en que la natural sería que se atribuyesen siempre a los albaceas todas las funciones relativas al cuidado de la herencia, considerándose el albaceazgo como la institución llamada a satisfacer las necesidades de la representación y administración del caudal hereditario durante el tiempo que media entre la muerte del causante y la consumación definitiva del derecho hereditario por parte de los herederos. Pero nuestro Código Civil no realiza tal refundición de funciones, sino que admite durante el citado periodo la coexistencia de tres cargos o personalidades distintas: albaceas (artículos 829 a 911) administradores de la herencia (cuyo estudio realizamos) y contadores partidores (1057). Nada impide, con todo, como observa GITRAMA (198) la confluencia del triple haz de facultades sobre la misma persona.

Ahora bien, si al albacea no le fue concedida por el testador la facultad de administrar el caudal relicto, en modo alguno puede realizarlo. La misión genérica del albacea se reduce a asegurar, en la

medida de lo posible la ejecución del testamento.

También presenta evidentes analogías administrador hereditario con el comisario o contador-partidor nombrado en testamento, y previsto en el artículo 1057 del Código. Es sabido que mientras CASTAN -- (199) y la mayor parte de la doctrina, estima sinónimas las expresiones "comisario" y "contador-partidor". ROCA SASTRE (200) por el contrario establece entre ambos una distinción fundada en la mayor amplitud de atribuciones del Comisario (ejecutor total y pleno de un testamento, de modo que engloba incluso al albacea y al administrador) sobre las del contador-partidor, emanado -- dice -- del párrafo 1º del artículo 1057 del Código Civil.

La naturaleza jurídica del albaceazgo ha sido muy discutida en la doctrina. Hay quienes afirman que los albaceas son titulares de una función, oficio o derecho propio; otros, que son sucesores formales del causante; otros les asimilan a tutores, gestores oficiosos, mandatarios, representantes o árbitros; y, en fin, lo más acuden, como dice -- ROCA SASTRE, al socorrido de naturaleza "sui generis".

En una amplia ojeada sistemática a las múltiples teorías vamos a intentar comentar esta naturaleza jurídica en las de representación y mandato, para llegar a intentar resolver el problema con la de la sustitución (201).

Si comenzamos, pues, por entrocarse la administración de la herencia con la representación alegando que aquella implica ésta, debemos partir de la previa fijación de un concepto inequívoco de la difícil noción de representación. Según la acepción más sencilla y lógica, representar quiere decir ocupar el puesto de otra persona o sustituirle +

y desempeñar su papel; supone pues, una institución mediante la cual - los actos realizados por A producen sobre B idénticos efectos que si B mismo los hubiere ejecutado.

Es sabido, además, que la representación, en el plano del - Derecho positivo, se divide en voluntaria y necesaria o legal. Difiere-- ren esencialmente la representación legal y voluntaria en que en aque-- lla es únicamente el representante quien obta formando y declarando - su voluntad, mientras que en ésta, en la voluntaria, o es sólo la volun-- tad del representado - como quiere Savigni - o es la voluntad conjunta de ambas personas la que tiene que obrar - como opina MITTES.-. Di-- fieren, asimismo, en la causa del poder de representación y en los efec-- tos derivados de la misma, pero esta distinción carece del rango de la precedente.

Hemos dicho que la representación " es ocupar un puesto - por otra persona" y entonces podemos preguntarnos: el administrador - de la herencia ¿ a quien representa?

Si sabemos que los sujetos a quien puede representar el ad-- ministrador son el causante, el heredero, los acreedores o los legata rios, es necesario , estudiarlos individualmente por si alguno de ellos puede ostentar la condición de representado por el administrador.

En primer lugar el causante. Se ha dicho que la representa-- ción no constituye ningún contrato, sino que origina por una declaración unilateral del poderdante (202). Esta tesis de la representación parece tenerla en cuenta el art. 20 L.H. que concibe a los albaceas administra-- dores como unos órganos de representación.

Esta idea no nos parece correcta por la sencilla razón que - si el causante ha muerto y la muerte extingue la personalidad, es absurdo pensar en el causante como representado por el administrador. Este no representa a nadie, como no sea como apunta GITRAMA, a los intereses supremos de la justicia social que mueven a velar por la defensa, conservación y administración del patrimonio de una persona fallecida, en tanto que los herederos no entren en su pacífica posesión.

Otro, sujeto, con posibilidad de ser representado por el administrador es el heredero. Esta posibilidad sería viable, si constare - que el heredero ha aceptado la herencia, pues en este caso sería el titular de los bienes hereditarios por lo que podría ser representado por el administrador.

Si por contra no aceptó la herencia o no renunció a la misma el concepto de representación no sólo no sería posible, sino, ni siquiera pensable porque faltaría una persona que tuviera el concepto de representado y, por tanto, con posibilidad de otorgar una representación.

Y por último, la posibilidad de que el administrador represente a acreedores y legatarios, podemos decir que, por regla general no es lógico, salvo el caso de que la herencia sea aceptada por el heredero a beneficio de inventario. En este caso la función primordial del administrador sería la de velar por los intereses de estas personas y, por esto podríamos decir, con muchas reservas, que el administrador representa ría a estas personas, más dejando a un lado este caso, no se puede pensar que los acreedores y legatarios, que incluso pueden no existir, -- sean los representados por el administrador.

Vemos, pues, que el instituto jurídico de la representación no es predecible del administrador hereditario, porque la representación su

pone que la voluntad del representante se considere como si fuese la - del representado, y, por ende, los efectos que se deriven de la representación vinculan a la persona del representado, es decir, que la representación se 'da entre dos personas una de las cuales ha de tener el derecho que concede del representante. Como ya hemos visto ninguno - de los sujetos estudiados tiene dicha titularidad, de ahí, que el concepto de representación es necesario que lo abandonemos porque no nos sirve para la figura que venimos estudiando. Del mismo modo, la doctrina ha rechazado dicha construcción en base a que el "administrador no representa a nadie...." como hemos señalado antes (203).

Teoría del mandato.

Ha sido corriente en la doctrina jurídica española (204) entroncar al administrador con el mandato, partiendo no sólo de la consideración de que el administrador es la persona que recibe del testador - su mandante - el encargo de administrar, conservar, y custodiar sus bienes, sino también de la conveniencia de permitir por analogía la aplicación de las normas atinentes a dicho instituto con el fin de solucionar algunas cuestiones propias de la administración.

Si del terreno doctrinal se pasa a la jurisprudencia, puede comprobarse como el Tribunal Supremo sentó en repetidas ocasiones y con gran convicción la tesis de que " el cargo de albacea - administrador - constituye por su naturaleza un verdadero mandato a cuyas condiciones debe consiguientemente acomodarse en todo lo que no se halle expresamente regulado": sentencia de 24 de febrero de 1905, 22 de febrero de 1929, 10 de junio de 1948, y 14 de febrero de 1.952. Sin embargo, en otras ocasiones se ha negado paladinamente esta pretendida asimilación, y tal vez no sea aventurado adelantar que actualmente la anterior jurisprudencia ha entrado en vías franca rectificación; pueden ver

se en este sentido las sentencias de 1 de febrero de 1.910, 2 de marzo - de 1935 y 18 de diciembre de 1.958.

Nosotros, al igual que con la teoría de la representación debemos rechazar en principio y como línea general a los acreedores - legatarios y a la misma herencia como mandantes. Quedan, dentro de la gama de sujetos que hemos señalado para la sucesión, los herederos y el causante. Respecto a éstos, hemos de llegar a la misma conclusión negativa porque si consideramos que el mandante es heredero, podría darse el caso, de que el mandatario vigile la conducta del mandante y, llegado al caso, pueda actuar contra o frente a él para la mejor administración y liquidación de los bienes hereditarios; del mismo modo, si consideramos como mandante al causante, chocamos con la incongruencia de que el mandato va a comenzar en el mismo momento en que debía acabar, es decir, comenzaría a la muerte del causante, cosa que no es posible porque el artículo 1732 del Código Civil dice que " el mandato se acaba: por muerte.. ... del mandante o del mandatario.

Teoría de la sustitución.

Actualmente consideramos más correcta la doctrina que se in--clina a calificar al administrador hereditario como un " sustituto " o lo que es lo mismo, como un sujeto que ejercita en nombre propio los derechos de otro y, en nombre propio, es demandado en juicio por las obligaciones del patrimonio. A diferencia del representante al sustituto es parte, ya que parte en un proceso concreto no es quien sea titular del derecho, sino aquel que en nombre propio ejercita la acción.

En 1936 decía ALCALA ZAMORA (205) " que el concepto de - sustitución no se encuentra "todavía" incorporado a nuestra técnica legislativa. Hubo que esperar hasta la sentencia de 6-XI - 1941, para que la figura de la sustitución procesal fuera aceptada por nuestra jurispru--dencia.

GOMEZ ORBANEJA (206) en 1947 admitía la figura de la sustitución. Decía: "absolutamente diferente es el supuesto de que el sujeto del Derecho, aun siendo plenamente capaz, y capaz por tanto, para hacer ser representar mediante un acto de mandato, carezca, sin embargo, respecto de un objeto determinado, de la posibilidad jurídica de que tanto - su acto como el de su representante sea susceptible del efecto jurídico - normal. Si, entonces, a un tercero viene atribuido el poder jurídico de producir con sus actos propios, en la esfera jurídica del sujeto del derecho, el efecto regular de los actos del sujeto, ese sujeto no supe la - capacidad del sujeto, que no falta, ni actúa en su nombre, o por él, aun - que actúe en vez de él. Hace lo que el "dominus", aun siendo capaz, no - podría hacer por sí, ni mandar a otro, hacer por él. Cualquiera que sea la naturaleza de esa situación jurídica, no es representación. Llamemosla provisionalmente sustitución.

CHIOVENDA (207) después de señalar las diferencias entre administración y sustitución, hace notar que "si el sustituto procesal está - autorizado por la ley para comparecer en juicio por un derecho que no es suyo, ello no puede ocurrir sino en virtud de que existe una relación con el verdadero sujeto de ese derecho integramente del interés como condición de la acción que se hace valer en juicio".

A nuestro juicio creemos que el sustituto no tienen por qué - estar en relación directa con el verdadero sujeto del derecho que incluso puede no existir, caso de la herencia yacente, ya que el hecho de que - actúe "en nombre propio" evita toda vinculación directa con cualquier - otro sujeto; existirá, eso sí, un interés de otra y otras personas en relación con su actuación, más no creemos que dicho interés sea constitutivo de una "relación" que denotaría, aunque sea vagamente, la existencia de una representación o de un mandato indirecto.

A pesar de la unanimidad con que la doctrina acoge la figura del "sustituto" estamos de acuerdo con GUASP (208) en que "explicar el fenómeno de la sustitución a base de una fórmula sustantiva que pretende dar a todos los supuesto de sustitución una justificación material o formal, de pura "Proyesstandschaft", de facultad o derecho de conducción del proceso o de disposición procesal, no es suficiente. Es preferible, sigue diciendo GUASP, considerar a la sustitución como lo que verdaderamente es: un criterio especial anómalo de legitimación indirecta, en virtud de la cual se consideran legitimados para actuar en el proceso a personas que, sin ser titulares de la relación jurídica, pueden en nombre propio, no en nombre ajeno como el representante, realizar válidamente actos procesales de parte".

La posibilidad de que una persona actúe en juicio como sustituto está implícitamente reconocida en el artículo 503, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De lo dicho debemos concretar que el administrador de la herencia es un "sustituto" de los futuros o indeterminados pero determinables, titulares de la herencia, hasta que esta determinación no se produzca, el que accionará y defenderá en juicio los intereses de la herencia será el administrador, ejerciendo dichos derechos en nombre propio y siendo parte de los procesos promovidos, y asimismo cuidará, conservará y administrará los bienes que constituyen dicha herencia.

2.2. Nombramiento

El administrador de la herencia, como sujeto en que confluyen con los poderes de administración las obligaciones inherentes a un cargo de esta naturaleza, inicialmente surgen dos cuestiones previas, a saber: quien se halla facultado para designar al administrador y quién puede ser nombrado administrador.

Hay que partir de la base de que, tanto por analogía con lo - que acontece en instituciones jurídicas de indudable similitud - tutela, - albaceazgo, etc, - cuanto, sobre todo, por lo que puede observarse en los diversos supuestos de administración hereditaria, a primera vista parece posible reducir a tres las clases de administración de herencia, atendida la forma de su provisión: testamentaria, que es la prevista de modo expreso por el testador al designar la persona que ha de hacerse cargo de la misma; legal o legítima, que es la que, en defecto de la anterior, se confiere por mandato legal en buen número de casos, por ejemplo, al heredero aceptante de la herencia, y dativa o judicial, que es la que, a falta de las precedentes, establece el Juez con arreglo a lo prescrito por la Ley de Enjuiciamiento en relación con los juicios especiales universales, de oficio o a instancia de cualquier parte interesada de las que poseen este carácter.

Pero todavía cabe añadir a estos tres procedimientos - testamentario, legítimo y dativo - de nombramiento de administrador un cuarto sistema, es el que tiene lugar cuando siendo varias las personas llamadas a una herencia acuerdan entre sí conferir la administración de los bienes que la integran a una persona, sea o no coheredero; es la administración que llamaremos convencional, por que surge del convenio entre los más directamente interesados en la sucesión, y que también se abre paso cuando el heredero único designa un mandatario a efectos administrativos.

Ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el Código Civil tratan del nombramiento del administrador y por lo tanto, todo intento subjetivo de sistematización ha de constituirse preferentemente sobre una amplia base analógica, con preceptos dictados para figuras fijas.

Cabría preguntarse cuál de los cuatro sistemas de designación es el más perfecto. Ciertamente pueden hacerse ciertos reproches

al nombramiento operado "ope legis", ya que, gracias a él, puede ocurrir que sean llamadas a la administración personas carentes en absoluto de aptitudes para las funciones a desplegar y tal vez sin la idoneidad precisa para administrar convenientemente su propia fortuna; por otra parte, y aun sin acudir a las posibles causas legales de incapacidad para administrar, pueden darse casos en que, por otras razones, exista un fundado interés en descartar al administrador legal. Mas aceptable parece el nombramiento hecho judicialmente, toda vez que el Tribunal, provisto de más concretos elementos de apreciación, puede estimar en justicia y conveniencia la aptitud de una persona para asumir la carga de la administración. Mas perfecto todavía ha de aparecer el sistema de administración testamentaria siendo como es en nuestro derecho este tipo de sucesión el preferente y la voluntad del testado ley de la misma: la elección de éste, seguramente fundada en razones fiduciarias, ha de ser hecha con mayor "cognita causa" que la del Tribunal, y, desde luego, con ausencia absoluta de la ceguera legal al respecto. Y algo análogo cabe decir de la designación de administración convenida por los propios herederos, de quienes, si logran ponerse de acuerdo en todos los pormenores de la designación, cabe esperar los mayores aciertos, toda vez que a nadie más directamente que a ellos atañe la buena gestión de la herencia y nadie, mejor situado en orden a la fiscalización de la actuación del administrador designado.

2.3.- Capacidad

Tras ver quien puede hacer la designación del administrador surge lógicamente la cuestión de quien puede ser designado para tal cargo, esto es, de la capacidad personal requerida para ejercer la administración.

En general, y habi da cuenta de que el cargo de administrador de bienes hereditarios implica obligaciones y expone a responsabilidades, es evidente que no ha de poder asumir dicha misión quien carezca de capacidad necesaria para contraer obligaciones; es decir, que valdrá para el administrador lo que para el albacea prescribe el artículo 893 del Código Civil. Tal es la única restricción que testadores, jueces e interesados habrán de tener en cuenta; los primeros particularmente, salvado este principio, encuentran amplio campo donde moverse al designar la persona cuya confianza consideren como principal garantía del acertado cumplimiento de su cargo.

Ahora bien ¿ quien tiene capacidad de obligarse?. El principio citado hay que entenderlo en relación con el artículo 1263 del Código Civil que enumera las personas incapacitadas para contraer obligaciones, a saber: los menores no emancipados, los Locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir.

Entrañando la administración hereditaria el ejercicio de toda una serie de actos que por regla general revisten el carácter de actos de administración, no parece hallarse a primera vista inconveniente alguno en que un menor emancipado o habilitado de edad pueda asumir las funciones de administrador hereditario; el artículo 317 del Código C. - que, como limitativo de la capacidad, debe ser objeto de interpretación restrictiva, no prohíbe a tal menor el ejercicio de las funciones de administrador de la herencia, antes bien, al incapacitarle para realizar -- ventas ni gravar bienes inmuebles y tomar préstamos parece que viene a constituir una doble garantía de que no ejecutará actos como estos, tipicamente dispositivos, toda vez que si, extralimitándose en sus funciones, los llevase a cabo, pecarían de nulidad.

Podría objetarse, sin embargo, que el inciso final del propio

artículo 317, al prohibir la comparecencia en juicio del emancipado sin la asistencia de sus representantes, constituye un serio obstáculo a la administración que pudiere llevar a cabo, toda vez que en sus funciones de representación de la herencia puede verse obligado a pleitear en su defensa. Asimismo pudiera ocurrir la necesidad de una venta o gravamen de bienes inmuebles para la que tampoco se halla facultado sin complemento de capacidad.

Las dificultades, que a primera vista parecen importantes, pueden a juicio de GITRAMA soslayarse si se tiene en cuenta que el administrador obra generalmente por mandato o en representación del heredero o herederos y que, por consiguiente, el menor emancipado no obra por sí exclusivamente, no se obliga personalmente por los actos que realiza en nombre de sus mandante; de ahí que pueda ser administrador y que claramente resulte esta posibilidad del contexto del artículo 1716 del Código Civil. El propio T. S. en sentencia de 17 de enero de 1903 declaró que no afectan al menor emancipado, en funciones de mandatario, las limitaciones del artículo 317, puesto que éstas se refieren solamente a los intereses personales y privativos del menor, no a los actos que ejecuta con la autorización y bajo la responsabilidad de un tercero.

Sin embargo, al no ser plena la capacidad de obligarse del menor emancipado, sus atribuciones como administrador mandatario no son tampoco absolutas; el propio artículo 1716 del Código Civil termina afirmando que el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad con lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores, esto es, como dice PUIG PEÑA (209), que el menor únicamente será responsable como consecuencia del mandato en cuanto se haya enriquecido.

El menor no emancipado no existe problema alguna dada la terminante prohibición contenida en el apartado 2º del artículo 893 del

Código Civil al decir que el menor no podrá ser albacea ni aun con la autorización del padre o del tutor. A los tratadista ha preocupado la -- cuestión de si podía ser albacea y por analogía administrador, emancipado o habilitado de edad o por causa de matrimonio. A primera vista y con sujeción a los artículo 317 del Código Civil y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece que no. Ahora bien conviene tener presente que estos preceptos prohíben únicamente al menor emancipado o habilitado disponer de sus propios bienes pero en la administración si bien actúa en nombre propio, lo hace en interés ajeno, es decir, de todos los interesados en el proceso sucesorio, y por tanto puede disponer de los bienes en la medida que le autrice el causante o subsidiariamente la Ley para cumplir sus obligaciones, y atribuir a los herederos legatarios y acreedores hereditarios lo que en definitiva haya de corresponderles, ya que esto no lo impiden el citado artículo 317 del Código Civil; que con las prohibiciones que estatuye persiguen únicamente evitar perjuicios a los intereses del menor. Y análogamente cabe decir con respecto al requisito exigido por el artículo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula únicamente la capacidad procesal de quienes comparecen en juicio para defender sus propios intereses, pero nada dice con respecto a quienes, como el administrado, viene investidos por el causante de la misión de defender judicialmente los intereses derivados de la sucesión. Dicen a este respecto MANRESA y DAGO SAINZ - MOLINUEVO JUNOY (210). Tengase presente que este artículo se refiere a las personas de los mismo litigantes, ya sean demandante o demandados; no habla de los requisitos que deben concurrir en el mandatario o procurador para comparecer en juicio a nombre de su mandante, sino del derecho personal y directo que compete a cualquiera para personarse o hacerse representar en juicio, según que pueda o no comparecer por sí, con arreglo a lo que preceptúan los dos artículos siguientes.

Nada dice la ley relativo al momento en que es exigible la capacidad, por lo que será conveniente colmar esta laguna legislativa aten

diendo al momento en que cobra mayor importancia el requisito de la capacidad, y que es seguramente cuando el administrador ha de ejecutar el cargo. En consecuencia, en la administración pura el llamado a desempeñarlo habra de reunir los requisitos de capacidad que exige la ley cuando tenga conocimiento del nombramiento, pues al no establecer el legislador plazo alguno para la aceptación, sería peligroso atender al momento en que el designado decidiera pasar a ejecutarlo por las graves irregularidades que podrían producirse. Si la administración viene afectada por una condición suspensiva o por un término inicial, sin duda será conveniente entender que el llamado ha de ser capaz al cumplirse la condición o al llegar al término señalado.

Quien esté incurso en alguna de las incapacidades antes señaladas para desempeñar el cargo de administrador no debe aceptarlo; pero como que a pesar de esta prohibición el llamado puede inmiscuirse en la administración los interesados en la herencia, creemos podrán hacer cesar esta anómala situación instando la remoción del administrador incapaz conforme autorizan las sentencias 4 de febrero de 1902 y 5 de julio de 1947.

2.4. - Aceptación y renuncia

Tras examinar quienes pueden verificar el nombramiento de administrador de la herencia y quienes otros pueden ser designados para este cargo, ocurre preguntar todavía, en relación con dicho nombramiento y supuesto este realizado en persona perfectamente capaz: ¿ la designación verificada implica la obligación estricta en el nombrado de asumir el ejercicio del cargo, o bien éste posee carácter voluntario pudiendo ser rechazado por aquel ?

En principio hay que afirmar con GITRAMA que la mera designación por el testador de una persona para que se haga cargo de la administración no determina compromiso alguno para el designado. Pues la administración es para este autor más que un derecho, una carga; la función del administrador no surge siempre como un oficio remuneratorio, ya que la retribución carece de obligatoriedad; la administración implica, por otro lado, responsabilidades en extremo pesadas y la inversión de cierto tiempo que puede demorarse excesivamente en relación con la duración de la situación hereditaria que demanda las funciones administrativas; así, puede convertirse en una rémora y entorpecimiento para los negocios propios del administrador; y si, en fin, se repara en que el testamento es un acto jurídico unilateral, incapaz, como tal, de comprometer a otras personas sin que éstas presten su consentimiento en favor, hay que convenir en que el administrador en él nombrado se hallará en el derecho de examinar si tiene interés alguno, moral o económico, que sea incompatible con el ejercicio del cargo, y quedará provisto, por ende de la facultad de opción.

En este sentido, volviendo a la línea analógica, que venimos -siguiendo, entendemos aplicable al administrador lo que para el albacea prescriben, como principio general, las primeras palabras del artículo 898 del Código Civil: la administración - diríamos - es un cargo eminentemente voluntario; nadie está obligado a aceptarla ni aún siendo heredero de quien lo nombró. Parece, pues, más pertinente la analogía con el cargo del albaceo que la que pudiera intentarse con el del tutor, protutor o representante del ausente, que habría de llevarlo a sentar la obligatoriedad del cargo de resultas de los artículos 202, 184 y 185 párr 2º. La administración de una herencia, lo mismo que el albaceazgo, afecta de manera exclusiva en la casi totalidad de los supuestos a intereses privados lo que ocurre, por ejemplo, en la tutela -, y es lógico, por tanto, que la ley no use de medios coercitivos para que aquellos resulten más atendidos que lo pueden estar por la simple voluntad de los interesados.

El derecho de opción que compete al administrador nombrado no implica, en principio plazo alguno en el que haya de ser ejercido. Mas como, de una parte, el testador ha puesto su mejor voluntad en el nombramiento y sobre todo, de otra, el patrimonio no puede quedar abandonado en detrimento o peligro de los derechos de las personas interesadas en el mismo, se hace necesario que el designado tome sin demora una decisión. En este punto y a falta de otro precepto, entendemos aplicable el citado artículo 898 que, con destino a la aceptación tácita del albaceazgo, establece el plazo de seis días. Así, diríamos que se entenderá aceptada la administración por el nombrado para desempeñarla si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tuviera noticia del nombramiento o, si éste le era conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.

Ahora bien el administrador que acepta el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo dice el apartado 1º del artículo 899 del Código Civil, de manera que a partir de la aceptación el administrador deja de ser un cargo voluntario y ya no puede libremente renunciarse, pues a ello se opondría el artículo 997 del Código Civil - aplicables a dicha institución por razones de analogía. Pero esta obligación de desempeñar el cargo no la lleva la ley hasta sus últimas consecuencias, sino que de acuerdo con el artículo 899 del Código Civil se reconoce al albacea que ha aceptado la facultad de poder renunciar al cargo, alegando una justa causa, al prudente arbitrio del Juez. Se trata por lo tanto, de una declaración unilateral de voluntad hecha por el albacea de no poder continuar en el ejercicio del cargo, y que tiene carácter de recepticia, pues esta declaración ha de efectuarse ante el Juez. A esta renuncia se la llama excusa con el fin de evitar confusiones y porque exige la alegación de una justa causa.

La Ley deja sin especificar que haya de entenderse por "jus-

ta causa", y como deja apreciación de la misma al prudente arbitrio del Juez, será esta una cuestión a dilucidar ante cada caso concreto teniendo en cuenta la función que cumple el albacea - administrador en nuestro ordenamiento jurídico. Y en cuanto al procedimiento a seguir para juzgar la idoneidad de la excusa procede entender con MUCIUS - SCEVOLA (211) que será el de jurisdicción voluntaria, y caso de formularse oposición al mismo, se convertirá en contencioso y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según su cuantía

Aunque tenga un interés más bien teórico, cabe apuntar aquí la cuestión de si pierde el derecho a cesa en el ejercicio del cargo mediante la alegación de una excusa al albacea que al aceptarlo renuncia a la facultad de poner fin a su misión mediante alegar una justa causa. Parece ha de admitirse como válida la citada renuncia, pues con la misma no se viola ningún precepto jurídico de carácter prohibitivo, pero cabe añadir todavía con PEREZ - GONZALEZ y ALGUER (212) que no obstante tal renuncia podrá el mandatario - y por analogía el albacea y también el administrador solicitar que se le libre de la obligación asumida en el supuesto que se prevee en la proposición última, artículo 1736 del - Código Civil, o sea por imposibilidad de continuar el mandato albaceazgo - administración - sin grave detrimento propio, lo cual puede tener un mayor interés en el supuesto - que tampoco será corriente - de que el testador estableciera una cláusula por la cual negare el albacea, administrador, que acepta el cargo la facultad de excusarse de seguir -- ejerciéndolo alegando una causa justa para ello.

Pero queremos dejar claro que la renuncia previa o excusa alegada por el designado para no entrar en el ejercicio de la administración no es preciso que sea formulada ante autoridad alguna, puesto que, lejos de exigir cargo alguno aceptado, lo que se da es abandono, de

ción o separación de funciones que no se ha pensado sumir ni cumplir, - y a ningún funcionario público corresponde facultad impeditiva alguna en este caso. De ahí que la excusa sea válida aunque revista defectos de forma (sentencia de 17 de noviembre de 1.919), sea simulada o apenas exista; cualquier excusa que se presente en todo caso será admisible y legítima como expresión de la voluntad contraria a sumir la administración de la herencia; el cargo es, voluntario, y no puede obligarse al renunciante a explicar las razones - que pueden ser muy íntimas - de su proceder. De lo que sí habrá de cuidarse el designado en caso de renuncia será de poner ésta en conocimiento de los restantes interesados en la herencia o, en último término, del juez, con el fin de evitar en lo posible para el porvenir cuestiones nacidas de la incertidumbre con que pudiera ofrecerse la aceptación o excusa del nombrado. La comunicación habrá de hacerse al Tribunal directamente en las hipótesis de nombramiento legal o judicial.

Ocioso parece advertir que del propio modo que si el testador premia con un legado al designado administrador, en atención a la -- carga de la administración, la aceptación del legado implica también la -- aceptación táctica de la administración, siempre que el testador haya -- dispuesto un legado con destino al administrador por el designado y en -- consideración a sus funciones; la renuncia o excusa del cargo importará el decaimiento del derecho como legatario; lo difícil en este caso ha de ser la prueba de la relación de causalidad entre administrador y legado.

En caso de excusa, el Tribunal hará bien confirmando la administración en forma, a ser posible, concordante con la voluntad del testador fielmente interpretada; por ejemplo: si un testador ha dejado bienes a un menor, privando del usufructo y administración legal de los mismos al padre y confiriéndolos al administrador nombrado, el juez tendrá base bastante, en caso de renuncia de éste, para designar a un tercero que se encargue, de la administración de tales bienes

Por último, insistimos en que aunque en apariencia venimos refiriendonos casi de modo exclusivo a la designación testamentaria de administrador hereditario, la doctrina expuesta es aplicable a los supuestos de los restantes sistemas de nombramiento de administrador.

2.5.- Facultades

Una vez nombrado el administrador, bien por el causante, heredero o Tribunal, y supuesta su plena capacidad y la aceptación del cargo, procede a la determinación de las facultades que concurren en dicha persona para el desempeño de su cargo. Realmente se hace difícil, tratando de perfilar jurídicamente la actuación del administrador ya en el ejercicio de sus funciones, deslindar el campo de sus atribuciones, facultades o derechos, del campo de sus deberes u obligaciones. Es lógico que la mayor parte de los actos que constituyen deberes del administrador importen, al mismo tiempo, el derecho de realizarlos; tal ocurre por ejemplo, con la obligación de conservar y defender la herencia, o con el pago de acreedores y legatarios. Y, al contrario, gran parte también de las actividades que aparecen como atribuciones del administrador implican deberes de este, por ejemplo, la representación de la herencia o el cobro de créditos que fueran debidos al difunto.

Pues bien lo primero que ha de hacer el administrador es un inventario de los bienes y obligaciones que componen el caudal relicto. La formación del inventario es muy importante para el administrador, porque limita su responsabilidad o, como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 27-VI-1.907; "... las obligaciones y responsabilidades -- del administrador no pueden extenderse más que a los bienes inventaria

dos a los cuales deben de referirse las cuentas". Por esta razón el inventario puede considerarse como un derecho del administrador ya que fija el límite de su responsabilidad.

Pero a pesar del inventario, existen la posibilidad de que el administrador manipule de tal modo los bienes que tiene bajo su administración, que haya lugar a exigirle responsabilidades, y para evitar que desaparezca sin posibilidad de hacerlas efectivas, el derecho, para prevenir su comisión, exige la constitución de fianza.

El deber de prestar fianza es una obligación que la ley impone a "cualquiera que fuere administrador" (Artículo 1069, 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que ni siquiera se puede considerar excluido de esta obligación el heredero administrador por la aceptación a beneficio de inventario.

: Solamente existen dos casos de administración en los que el legislador no exige la constitución de fianza. Uno en el Código Civil, artículo 802. Según este artículo la administración de la herencia deferida bajo condición suspensiva o potestativa negativa, "si el llamado no presta la "caución usuciana", se confiere a los coherederos incondicionales sin necesidad de fianza cuando entre ellos y el condicional se da el derecho de acrecer". El artículo siguiente dice: que en defecto de tales coherederos se otorga la administración al heredero instituido - bajo condición, exigiéndole la constitución de fianza, lo que no exigía a aquellos. Realmente es incomprensible, dice SCAEVOLA Y MANRESA; que el legislador excluya de la fianza a estos coherederos.

La otra excepción está contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 976, 2. Este artículo contempla el caso de que teniendo el causante conyuge sobreviviente a éste, se le concederá la administración sin necesidad de prestar fianza, siempre que tenga, a juicio del --

•

Juez, bienes propios suficientes para responder de los que no le pertenezcan.

Fuera de estos supuesto legales, el administrador solamente ejará de prestar fianza cuando el testador o los interesados así lo determinan: el 1º en base al artículo 1096 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los 2º por el 1069 párrafo 5º de la misma Ley.

La función del administrador testamentario puede muy bien -- ser gratuita y prescindir de la fianza como prueba de confianza en la honrabilidad del designado. Pero la administración aparece como una carta tanto más pesada cuanto que puede irrogar una responsabilidad, cuanto que exige el empleo de un cierto tiempo y el despliegue de una actividad para su desempeño; el administrador pudiera perder su tiempo y trabajo, y, ademas correr el peligro de contraer una grave responsabilidad sin compensación de ninguna especie. Por estas razones y además, como estímulo adecuado a fiel gestión ha de ser retribuido. Esta retribución es pues la compensación al tiempo y diligencia que emplea el administrador y de ahí que las leyes señalan, en defecto de voluntad expresa del testador o de los interesados, una remuneración. Esta está especificada en el artículo 1033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta misma manera, y con arreglo al artículo 1033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1033 del Código Civil, el administrador tiene derecho al abono de los gastos que realizase en el desempeño de su cargo. Estos gastos, como concretamente señala el artículo 1033 del Código Civil, con " los gastos de inventario, los demás gastos a que de lugar la administración, y la defensa de sus derechos... será a cargo de la misma herencia. No importa para que consideremos que tiene carácter general este precepto al estar incluido entre los que el Códig

go Civil dedica al beneficio de inventario. El administrador para hacerse efectivos los gastos que realizase, tendrá un derecho de retención tal - como señala VIÑAS MEY (213) y el Tribunal Supremo en sentencia de 16-XI-1904.

Aunque nada dice la Ley en cuanto al grado de diligencia que ha de observar el administrador testamentario en la administración y conservación del caudal relicto cabe perfectamente que el administrador, como hemos señalado antes, ingrija este deber de llevar una ordenada administración del patrimonio hereditario, y esta conducta desleal llevará aparejada la obligación por parte de aquel de indemnizar los daños y perjuicios causados (sentencias 16 de noviembre 1904 y 2 de junio de 1908) corriendo a cargo del reclamante la obligación de hacer constar su existencia. Cuando ello no sea posible, y con base a lo dispuesto en la proposición última, artículo 169e del Código Civil, parece habría de reconocerse a los interesados en la herencia la facultad de poder instar la ineficacia de tales, actos, siempre que los mismo no hubieren producido efecto legal, o sea, en tanto no perjudicaran los derechos de quienes contrataron con el administrador fundándose en la facultad de administración que le confiere la ley, o cuando el tercero que contrató con el administrador hubiera obrado de mala fe, de acuerdo con lo que disponen los artículos 1300, 1302 y 1303 del Código Civil. Aun cuando los interesados en la herencia no hayn sido parte en el contrato viciado de solo concertado entre el administrado y un tercero, ha de reconocerse a aquellos la facultad de poder instar la anulabilidad del contrato, puesto que como hace notar CASTAN (214), las sentencias, 23 de septiembre de 1895, 8 de julio y 12 de octubre de 1.916, 12 noviembre de 1.929, 27 de octubre de 1.925, 20 de noviembre de 1.926 y 26 de septiembre de 1927 no excluyen el derecho de que puedan ejercitar también la acción de anulabilidad aquellos terceros a quienes perjudique la obligación.

De entre las facultades que corresponden a los albaceas por - disposición de la Ley y que por analogía nosotros vamos a aplicar a los administradores procede tratar las siguientes:

2.5.1. Cobro de créditos y cancelación de sus cuantías:

Parece, de un parte, que los deudores de la herencia deberían poder pagar al administrador, quedando validamente liberador; de otra, puede parecer que el percibo de capitales se acto que excede de los límites de la simple administración, en fin, pudiera sostenerse que el cobro debía estar judicialmente autorizado. La sentencia de 30 de octubre de 1907 resolvió el problema diciendo que la reclamación de créditos es un acto de administración. La facultad de poder cobrar los créditos a favor de la herencia ha de reconocerse a todo administrador (215) si bien conviene hacer notar que la expresión " facultad " que emplea el legislador no es precisamente la más adecuada, pues el administrador más - bien está obligado a proceder en el tiempo oportuno al cobro de los créditos hereditarios, puesto que la mora en hacerlos efectivos pueden suponer un perjuicio para el caudal relicto, ya que el crédito puede verse privado de las garantías que le acompañaban o perderse por prescripción y de producirse tales perjuicios sería responsable de los mismos el administrador con sus propios bienes por no haber administrado el patrimonio hereditario con la debida diligencia. Y con referencia al deudor ha de entenderse que el pago hecho al administrador le liberará de la obligación aunque éste se hubiere apropiado ilegalmente de su importe, pues el deudor podría invocar siempre el punto 2º del artículo 1162 del Código Civil en cuanto establece que el pago ha de hacerse a la persona autorizada para recibirlo.

Con respecto a los créditos ya vencidos (caso de obligación pu

ra o sometida a condición o término resolutorios) vale lo que hemos dicho pero puede resultar útil hacer aquí algunas consideraciones acerca de si podrá el albacea cobrar los créditos todavía no exigibles en el supuesto de que el deudor ofrezca realizar el pago antes de que venza el término señalado para la ejecución. Según el artículo 1127 del Código Civil "siempre que en las obligaciones se designe un termino, se presume establecido en beneficio del acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor de uno o del otro", y de este precepto se deduce que si el plazo señalado en beneficio del deudor, puede éste libremente renunciarlo, en cuyo caso el administrador no podrá oponerse al pago anticipado. Pero si el plazo se estableció a favor del acreedor o a favor del acreedor y deudor el administrador ya no está obligado a recibir el pago anticipado, siendo dudoso además que pueda renunciar al beneficio del plazo, sobre todo si ello supone la pérdida de los intereses que habría de pagar el deudor como consecuencia de haberse aplazado el vencimiento de la obligación.

Cuando el albacea reclame la efectividad de los créditos que el causante ostentaba contra el deudor, no podrá este oponerse al pago de la deuda alegando que la misma ha quedado extinguida por efectos de la compensación, si el deudor en la otra obligación es el administrador, pues falta aquí el requisito exigido en los artículos 1195 y nº 1 del artículo 1196 del Código Civil de ser recíprocamente acreedores y deudores principales y por derecho propio, toda vez que el administrador no se subroga en la posición jurídica del causante, ni aparece consiguientemente como titular de las relaciones activas y pasivas que le pertenecían.

A juicio de GITRAMA (216) tal vez fuera conveniente aplicar - por analogía la forma cautelar contenida en el artículo 275,2 del Código

Civil; con arreglo a ella, se prohíbe al administrador el cobrar cantidades superiores a 5.000 pesetas, a los deudores hereditarios sin intervención judicial, a no ser que procedan de intereses, bienes o frutos. - "Claro es que a veces, a tenor del 2.046, 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez podrá elevar el tope de 5.000 pesetas. hasta donde - tuviere por conveniente, dada la importancia del caudal o su conveniencia, o la naturaleza de los bienes.

2.5.2.- Retirar depósitos.

El administrador con facultad de retirar depósitos puede ejercitar este derecho en cualquier momento y ello supone el causante hubiere pactado con el depositario no retirarlo hasta después de cierto plazo o el depositario tuviera algún interés en conservar la cosa, puesto que el administrador ha de cumplir las disposiciones testamentarias - dentro del plazo conferido por el testador o por la ley, y este interés - está por encima del que representan cualquier excepción; ya que del artículo 1775 del Código Civil cabe deducir que el plazo en este contrato se estipula en beneficio del depositante, quien por este motivo puede válidamente renunciarlo. Pero si el causante renunció expresamente a la facultad del objeto depositado antes del plazo estipulado esta renuncia vinculará por regla general al administrador testamentario, excepto en el caso de tratarse, según PUIG FERRIOL (217) de una administración de realización dineraria de toda la herencia. Y lo propio parece habrá de decirse para el supuesto de que el administrador de entrega directa del remanente necesite para disponer de los bienes depositados para el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, si la continuación del, - depósito hubiere de suponer la imposibilidad de que el albacea pudiera

llevar a término su cometido. Cabría quizá, dice este autor, invocar para resolver este problema el espíritu del artículo 1776 del Código Civil en cuanto permite al depositario que tenga motivos justificados para no conservar el depósito restituirlo antes del término estipulado, de manera que en reciprocidad a este derecho cabría reconocer al depositante la posibilidad de no quedar vinculado por la renuncia que hiciera de no retirar el depósito antes de cierto plazo cuando existieran motivos fundados para ello, como en el supuesto de que la no restitución del depósito antes del plazo hubiera de implicar la extinción de la administración por imposibilidad de ejercer el cargo.

Si el causante ha efectuado un depósito indistinto surge todavía la cuestión de si podrá el superviviente retirar la totalidad del saldo de los efectos. De acuerdo con la tesis de TARRIO (218) que ve en esta modalidad del depósito un apoderamiento recíproco entre los contratantes, que como todo mandato se extingue con la muerte de uno de los mandante (artículo 1732 del Código Civil), habrá de entenderse que el administrador con facultad para retirar depósitos habrá de concurrir con los depositantes sobrevivientes para la total cancelación del depósito indistinto.

2.5.3.- Depuración del caudal relicto.

La misión de administrador es la de entregar a los herederos el remanente de los bienes "in natura" o en dinero, pero para calcular este remanente ha de liquidarse antes el caudal hereditario, deduciendo del mismo todo cuanto haya de pasar a los acreedores del causante o a los legatarios, legitimarios o personas favorecidas con un modo.

Para dar mayor claridad a la exposición seguiremos a PUTIG - FERRIOL tratando por separado lo relativo a las facultades del administrador en orden al pago de deudas para referirnos posteriormente - al cumplimiento de las cargas hereditarias.

2.5.3.1. - Pago de deudas

Los administradores han de pagar todas las cantidades que - adeude el causante al tiempo de su fallecimiento, ya sea en concepto de deudor principal (219) o de codeudor solidario (220), fiador, avalista, hipotecante no deudor, tercer poseedor de finca hipotecada o la parte - correspondiente que le corresponda en la obligación mancomunada (artículo 1138 del Código Civil) y por supuesto que el administrador habrá de hacer efectivas las deudas del causante aunque los herederos se opongan al pago de las mismas, todo ello independientemente de las responsabilidades en que pueda incurrir el administrador testamentario si en - el pago de estas deudas no obra con el grado de diligencia que acostumbra a emplear en sus propios asuntos.

Este debe de tener que obrar con la debida diligencia en pago de las deudas hereditarias impone considerar que el administrador sólo vendrá obligado a pagar aquellas deudas cuya existencia venga acreditada por los medios que el ordenamiento jurídico establece, con el fin de evitar posibles perjuicios o fraudes a los destinatarios de la herencia. En particular puede resultar oportuno señalar aquí que de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2º nº 6 del artículo 1280 del Código - Civil y apartado 1º artículo 51 del Código de Comercio, si se trata de obligaciones mercantiles, el administrador no debera pagar las deudas

de cuantía superior a 1.500 pesetas. si la realidad de las misma no - consta por escrito, aunque sea privado, de no concurrir circunstancias especiales, como la de tratarse de ciertas obligaciones que según la -- costumbre del lugar es corriente convenir verbalmente, pero siempre - que a juicio del administrador pueda acreditarse la existencia e importe de la deuda, teniendo en cuenta las reglas de una ordenada administración.

El causante deudor podría también haber extinguido sus deudas mediante el llamado pago por cesión de bienes que aparecen regulado en los artículo 1175 y concordantes del código, consistente esta forma de extinción de las obligaciones en que "el deudor confiere a los - acreedores la posesión y administración de los bienes y mandato para proceder en beneficio de los cesionarios a su venta y al pago de los - respectivos créditos, puesto que pueden ser practicadas mediante el simple ejercicio de estas facultades" (sentencia 11 mayo 1912). Pero en el supuesto de que el causante haya nombrado administrador, entendemos que es a él a quien incumbe la misión de liquidar las deudas hereditarias.

Cuando el pasivo hereditario fuere superior al activo lo procedente es que se solicite de la autoridad judicial competente la declaración de concurso de acreedores (artículo 1913 y ss. del Código Civil) o de quiebra (artículos 874 y concordantes del Código de Comercio) con el fin de evitar que cualquier acreedor pueda agotar el caudal relicto en perjuicio de los restantes. La declaración de concurso de -- acreedores o quiebra pueden promoverla los acreedores (artículo 1156 Ley de Enjuiciamiento Civil y 875 del Código de Comercio), o el propio deudor, pero en el supuesto de que éste ya haya fallecido, se presente la cuestión de si el administrador estará legitimado para solicitar la declaración de concurso. Según el artículo 1053 de la Ley de En

juiciamiento Civil " las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores, o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los ...particulares", pero para una recta interpretación de este precepto será conveniente distinguir con RAMIREZ (221) entre quiebra de una herencia y la quiebra de un comerciante fallecido, esto último presupone que el difunto, en vida, se halló en estado de insolvencia definitiva, y en tal estado le sorprendió la muerte, de suerte que ha de entenderse con la sentencia 12 de julio de 1.940 que esta declaración de quiebra después de la muerte no es sino el acogimiento en derecho de un estado de hecho que lo precede. Por el contrario la quiebra o concurso - de una herencia presupone que el causante llegó a la muerte en condiciones normales de desenvolvimiento mercantil, y que la insolvencia definitiva, revelada o puesta de manifiesto en cualquiera de las formas que la ley permite, surgió con posterioridad al fallecimiento del causante y antes de que el patrimonio hereditario se hubiera confundido con el patrimonio personal del heredero en el supuesto de aceptación pura y simple de la herencia. Hemos de hacer constar que aunque el citado artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hable de concurso o quiebra de las testamentarias, el precepto se refiere en puridad al concurso o quiebra de una herencia, sea ésta testamentaria o intestada (222)

2.5.3.2.- Cumplimiento de las cargas hereditarias.

Dice CICU (223) "son cargas hereditarias aquellas gravámenes que por la ley o por la voluntad del testado gravan al heredero a consecuencia de la adquisición de la herencia. Respecto a ellos no hay continuación de relaciones jurídicas, sino constitución de ellas en la persona del heredero, con efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión".

En el supuesto de que sea el administrador la persona encargada del cumplimiento de las cargas hereditarias procede hacer las siguientes consideraciones:

2.5.3.2.1.- Pago de impuestos sucesorios.

Sabido es que salvo muy cualificadas excepciones, todo el que adquiere cosas y derechos por vía hereditaria ha de pagar a la Hacienda ciertos tributos dentro de los términos fijados por las Ley fiscales.

El impuesto sobre las sucesiones que según el ap. 2º del artículo 120 de la Ley de reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1964, grava las adquisiciones patrimoniales "mortis causa", precisando el artículo 122 de la misma que se trata de las adquisiciones hechas a título de herencia o legado. Con respecto al pago del impuesto sobre las sucesiones ha de entenderse que una de las primordiales obligaciones del administrador es presentar dentro del plazo que señala la ley los documentos necesarios para que sea liquidado el impuesto con el fin de no incurrir en responsabilidades y pagar la cuota resultante de la liquidación dentro de plazo legal, y de no serle posible o por resultar gravoso el pago dentro del plazo indicado, solicitar el fraccionamiento o el aplazamiento del pago en los términos que señala el artículo 133 en su apartado 16. Concretamente el artículo 111 del reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1.959 concede a los administradores la facultad de poder solicitar de la Abogacía del Estado competente y dentro del plazo de la prórroga ordinaria, una prórroga extraordinaria de los plazos señalados en el reglamento para la presentación de documentos referentes a actos o transmisiones por causa de muerte por

un plazo igual al de la ordinaria.

Interesa también hacer mención aquí del artículo 125 de la citada ley de reforma del sistema tributario cuyo ap. 2º establece que " en los legados en metálico, efectos y otros valores mobiliarios, alhajas, - créditos y bienes muebles en general se liquidará el impuesto a cargo - del legatario, pero será exigible directamente de los herederos representantes o administradores del caudal hereditario, quienes quedarán - facultados para descontar o repercutir su importe, según proceda, a los legatarios, al hacerse entrega del legado.

2.5.3.2.2.- Cumplimiento de los legados

Constituye uno de los deberes del administrador que más profusamente aparece previsto y regulado en el Código Civil (224). La obligación de saldar los legados así como la forma de hacerlo, son puntos que no suelen dejarse a la libre discreción del administrador. Nuestro Código Civil hace referencia al pago de cargas hereditarias en distintos lugares relativos a otras tantas hipótesis de administración de herencia.

Tratándose de un legado de cosa específica y propia del testador el legatario adquiere su propiedad desde la muerte de aquel (artículo 882 del Código Civil). Para la efectividad el legado habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el ap. 2º del artículo 83 del Reglamento Hipotecario cuando establece que " Los inmuebles determinadamente legados se inscribirán en virtud de escritura de entrega otorgada por el - legatario y por el contador particular o albacea - administrador por analogía - facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el herede-

ro o herederos ". Caso de resistencia del administrador en hacer entrega de la cosa legada a su propietario, podrá el legatario ejercitar la acción reivindicatoria, pero no está claro si esta acción podrá intentarse sólo -- después de que el administrador haya pagado las deudas hereditarias y los derechos de los legitimarios conforme parece entender la sentencia 10 de mayo de 1.934 , o si por el contrario puede el legatario demandar la posesión del objeto legado aun antes de que el administrador haya liquidado la herencia, tesis ésta que antes había aceptado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de noviembre de 1.900.

A este legado de dominio cabe contraponer los demás legados genéricamente considerados, los cuales atribuyen al legatario un derecho de crédito contra la herencia para exigir el cumplimiento de la cláusula testamentaria en la que se ordena el legado. Con respecto a los mismos cabe entender con la sentencia 13 de junio de 1.896 que los administradores tienen obligación de entregar a los legatarios los mandas establecidas por el testador" pero con respecto a ciertas modalidades del legado de crédito se pueden presentar todavía algunas cuestiones.

En el legado de cosa propia del heredero o legatario gravado dispone el artículo 863 del Código Civil que "será valido el legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión deberá entregar la cosa legada a su justa -- estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente", que trata del supuesto de que el gravado sólo tenga un parte o un derecho en la cosa legada. En este caso creemos, al igual que PUIG FERRIOL - (225) que el legatario solo puede exigir del gravado la efectividad del legado, pero no al administrador, por tratarse de una relación meramente obligacional creada entre gravado deudor y legatario acreedor: pero

podré el administrador negarse a entregar lo dispuesto por el causante a favor del gravado o repetir lo entregado caso de que el gravado no cumpla lo ordenado por el causante, pues esta atribución tiene carácter condicional; de que el gravado cumpla lo dispuesto por el testador a favor del legatario.

Con respecto al legado de cosa genérica establece el apartado 3º artículo 875 del Código Civil que la elección del objeto legado correspondera al heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior y en el legado de elección podrá el heredero - o en su caso el legatario - dar ~~a~~ elegir la que mejor les parezca (artículo 876 del Código Civil).

Con relación a los legados de crédito, y en especial cuando el objeto del legado sean cosas fungibles, ha de admitirse sin dificultad que no obstante la existencia de administrador con facultad para cumplir los legados, que podrá también pagarlos el heredero con sus propios bienes en virtud de lo dispuesto en el artículo 1158 del Código Civil. El cumplimiento de los legados por parte del heredero puede dar lugar a que haya de decretarse la extinción de la administración si después de satisfechos los legados ya no le queda al administrador testamentario ninguna otra misión que cumplir, y entendemos que igual sucederá cuando el heredero preste las garantías oportunas para hacer efectivos en su día los legados todavía no exigibles o sujetos a condición, siempre que tales garantías sean suficientes, a juicio del administrador, para asegurar la expectativa de los legatarios, según la regla de una ordenada administración, pues quiebra aquí la desconfianza que tenía el causante para con el heredero, la cual determinó que se impusiera un administrador para pagar los legados.

2.5.4.- Participación de la herencia

Segun el appt: 1º, artículo 1057 del Código Civil " el testador podrá encomendar por actos intervivos o mortis causa parfa después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos". Incurrir no obstante el código - en el defecto de no regular debidamente la institución del comisario, y como que le giura que mayores analogías tiene con el es el ejecutor testamentario y éste a su vez con el administrador, hasta el punto de que es muy frecuente que el testado al nombrar albacea, le confiera además la facultad de hacer la partición, la jurisprudencia ha declarado en repetidas ocasiones que los preceptos del Código relativos al albaceazgo eran tambien aplicables a los comisarios en cuanto los permitiera la naturalez del cargo.

2.5.5.- Representación de la herencia yacente.

El artículo 1026 del Código Civil dispone en su segundo párrafo que "el administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá en ese concepto la representación de la herencia para - ejercitar las acciones que a esta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma". A la vista de este precepto ocurre pensar en que solamente, y por vía del todo excepcional, se hace depender la representación de la herencia por el administrador, de la aceptación de aquella a beneficio de inventario y de la situación "de facto" de -- que existan acreedores y legatarios que no hayan sido pagados (226). Pero acontece que la misma doctrina representacional aparece generalizada en los artículos 1008 y 1098 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alusivos, respectivamente, a la representación que compete al administrador de --

abintestatos y al de testamentarías. La sentencia de 1º de julio de 1885 declara que el administrador representa al abintestato en todos los pleitos hasta que por auto firme se haya hecho la declaración de herederos. Y la sentencia de 28 de abril de 1897 declaró que la representación de la herencia, por ser facultad privativa de los administradores, no corresponde ni al albacea ni al contador partidor que no hubiere tenido aquel cargo.

2.5.6.- Facultades de índole contractual

Cuando ni el testador ni los interesados que designen al administrador hubieren dispuesto nada sobre el particular y, por ende, fuere preciso atenerse a los preceptos legales, se entiende que el administrador puede dar en arrendamiento ciertos bienes de los pertenecientes al caudal relicto. El arrendamiento de acuerdo con GITRAMA (227) es el acto de administración por antonomasia, como tendente a la puesta en producción de los bienes administrados. Pues la finalidad práctica que ha de perseguir el administrador al concerta arrendamientos de bienes hereditarios ha de ser el beneficio de los propios bienes - si así puede hablarse - e indirectamente el de los herederos o personas que hayan de hacerse cargo de los mismo.

El arrendamiento de los bienes ha de hacerlo el administrador según disponen los artículo 1021 y 1022 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ajustandose, bajo su responsabilidad a los predios de la localidad. - Ahora bien hay que compaginar estos artículos con el 1548 del Código Civil. Este artículo dice "... el administrador de bienes que no tenga poder especial, no podrá dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de 6 años.

Este precepto limita la responsabilidad de arrendar los bienes hereditarios por un tiempo superior a 6 años. Si un administrador hereditario sin poder especial, constituyese dicho arrendamiento esto será nulo porque lo que indirectamente quiere decir el artículo 1.548 del Código Civil, es que un arrendamiento de este tipo no es acto de administración sino de disposición. Como final diremos que según el artículo 1022 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los arrendamientos han de hacerse por medio de subasta cuando el bien arrendado sea un establecimiento fabril, industrial y del cualquier otra clase; o cuando sea una finca rústica cuya renta anual exceda de 2.000 pesetas o cuando deban de inscribirse en el Registro de la Propiedad (los arrendamientos) conforme a lo prevenido en la Ley hipotecaria (artículo 1022 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). (Ver nueva regulación de fincas rústicas).

2.5.7.- Las facultades del administrador ante los derechos eventuales de la herencia.

La cuestión relativa a las facultades del administrador cobra un gran interés en relación con los llamados derechos eventuales que, debiendo corresponder al difunto, vienen a llamar a las puertas de su patrimonio relicto que se encuentra en administración.

Derecho eventual es "aquel que se produce casualmente" (228) es decir, aquel con el que no debe de contarse porque su adquisición depende de algo que está fuera del alcance de la actividad del que lo va a recibir. Como dice el citado profesor, para matizar tales derechos eventuales es preciso añadir que ha de referirse a ingresos en el patrimonio hereditario producto de relaciones jurídicas distintas de las que se derivan de la gestión del administrador de la herencia, y distintas también de las debidas a la propia virtualidad de los elementos patrimoniales de -

la herencia. Como casos típicos de derechos eventuales se citan la revocación de donaciones y el derecho a aceptar una herencia correspondiente al difunto, ya que según el artículo 1006 del Código Civil "por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que el tenía".

Ahora bien, si la herencia se halla en estado yacente y se produce uno de estos derechos eventuales, por ejemplo que el causante fuese heredero de una herencia: ¿Qué ha de hacer el administrador hereditario. Ha de aceptar esa herencia o no puede hacerlo?

Las opiniones y los razonamiento que se han dado son muy variados. Puede alegarse que el administrador hereditario ni puede aceptar ni puede repudiar la herencia, porque estos poderes exceden de los de simple administración. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la aceptación o renuncia no puede quedar en la incertidumbre porque pueden existir otros herederos que podrían hacer suya, por el derecho de acrecer, la parte correspondiente al heredero fallecido. Como no sería lógico que los herederos de la sucesión primera tengan que esperar a que la yacencia hereditaria termine, es por lo que el administrador debe tener facultades para aceptar o no la herencia.

Otra postura que cabría, a juicio de ROBLES GARZON (229) y que es la que nos parece más lógica, es la de que el administrador puede aceptar la herencia, como facultad inherente a su actividad de administrador de los bienes del fallecido, siempre que lo haga a beneficio de inventario; de esta manera, nunca podrá producirse perjuicios para los herederos, por lo que el administrador no tendría que responder de una mala administración. También puede alegarse que el administrador puede aceptar la herencia siempre y cuando medie autorización por parte del Juez, porque así, nunca puede decirse que el administrador se ha extrañ

limitado en sus funciones, ya que si la herencia aceptada fuese "dañosa" se le exigiría responsabilidad por su actividad.

NATOLI (230) que ha estudiado a fondo este problema piensa -- así: " según el artículo 1006 del Código Civil, la vocación hereditaria a favor del "de cuius " representa un título de derechos incluido en su patrimonio relicto. Si el administrador se encarga de hacer valer los derechos de la herencia evidentemente podrá también hacer valer el título particular en cuestión. No puede renunciar la herencia eventual - dice - ni siquiera con autorización (del Juez) porque ello supondría alienación - sin contraprestación alguna y, por ende, tal autorización sería impugnable. lo que ha de hacer es aceptar a beneficio de inventario para eliminar el riesgo de una herencia deficitaria - provisto de la correspondiente autorización, pues no cabe duda, que la aceptación de otra herencia es acto de gran transcendencia que modifica profundamente la fisonomía - del patrimonio administrado".

2.6.- Prohibición de adquirir bienes hereditarios

Con el fin de evitar que el administrador de la herencia, por - analogía con el albacea, puede abusar de su posición en perjuicio de los - demás interesados en la herencia establece con carácter general el nº 3 de l artículo 1459 del Código Civil que los albaceas no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona laguna intermedia, los bienes confiados a su cargo.

La prohibición afecta sin duda a los administradores testamentarios y dativos, pero puede parecer ya como más dudoso si ha de ex--

tenderse también a los herederos cuando actúan en concepto de administradores legítimos. Se pronuncia negativamente MUCIUS SCAEVOLA (231), pero parece que esta opinión no ha de prevalecer puesto que el artículo 1459 del Código Civil no hace distinción alguna a este respecto, y existe además la importante razón de que ni aun en este caso los herederos son los únicos interesados en la sucesión, y de reconocerles este privilegio, podrían en ciertos casos perjudicar impunemente los derechos de los legatarios y acreedores hereditarios.

Si la facultad de administrar los bienes hereditarios no se extiende a toda la herencia la prohibición afectará únicamente a los bienes confiados al administrador (nº 3 del artículo 1459 del Código Civil), de manera que podrá válidamente adquirir los restantes, como ha confirmado la sentencia 31 de octubre de 1928 con respecto a los mandatarios. En igual sentido resoluciones de 22 de agosto y 13 de septiembre de 1907.

Y finalmente conviene tener presente con la sentencia de 10 de junio de 1954, que el administrador comprador ya no es tal administrador, por haber entregado formalmente los bienes de la herencia al heredero, en este caso ya no es nula la venta.

2.7. - Venta de bienes hereditarios

Hay que decir respecto a este punto, que es difícil aplicar al administrador la posibilidad de enajenar, porque administración y disposición son términos diferentes. Aun así, existen preceptos directamente relacionados con tal facultad en ciertas y determinadas situaciones, tal como es el artículo 1020 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 1030 del Código Civil

El artículo 1020 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, otorga al administrador la facultad de vender en época y razón oportunas los frutos que recolecte como producto de su administrador y los que recaude en concepto de rentas de los bienes del abintestato - de la herencia en general - verificándolo por medio de corredor, en donde lo haya, y depositando sin dilación, a disposición del juzgado, su importe líquido y el de las rentas en metálico que sobraren, en el establecimiento público en que se hallen los demás fondos..." Este artículo -- hay que interpretarlo en el sentido de que la posibilidad de enajenar que tiene el administrador no es verdaderamente un acto de disposición, porque como claramente lo establece el artículo 1031 del Código Civil, es el Juez, no el administrador, quien decretará la venta a propuesta del administrador. La actividad de enajenar en el sentido de disponer, no de administrar, no está conferido "ex lege" al administrador por lo que no podrá en ningún momento vender bienes.

Cuestión distinta es la que plantea el artículo 1030 del Código Civil. Este dice " cuando para el pago de créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios se realizará ésta en la forma - prevenida en la ley de Enjuiciamiento Civil para los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos acreedores y legatarios acordasen otra cosa.

Estamos de acuerdo con GITRAMA. Que en este caso es el administrador el que realiza la venta; mas como " no se trata de un acto simple de administración, precisa llenar determinados requisitos en evitación de fraude y para salvaguardar el interés de acreedores legatarios y herederos". Por esto el artículo 1030 del Código Civil, remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para cubrir las formalidades exigidas. Estas son la autorización judicial y la subasta pública.

2.8. - Gestión procesal del administrador.

2.8.1. - Carácter con que interviene el administrador en el proceso.

Para poder figurar y actuar eficazmente como parte en un proceso determinado se requiere la legitimación en causa o legitimación procesal, que según GUASP (232)¹ consiste en "la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuran como partes en el proceso". La legitimación aparece normalmente vinculada a una titularidad activa o pasiva de la relación jurídica deducida en el litigio, y así se dice que el propietario es el único legitimado para reivindicar la cosa y el acreedor es también el único legitimado para reclamar del deudor el cumplimiento de la obligación. El administrador no es evidentemente titular real de los bienes hereditarios, pero por evidentes razones prácticas se admite pacíficamente en las legislaciones, además de la legitimación directa examinada, otra forma de legitimación comúnmente llamada indirecta, en virtud de la cual puede actuar como parte en un proceso concreto, aunque no sea sujeto de aquellas relaciones. Esta legitimación indirecta ofrece las dos siguientes modalidades: la primera, en virtud de la llamada representación voluntaria o apoderamiento, según la cual la actuación jurídica del representante afecta inmediatamente al representado, pero esta tesis debe rechazarse para explicar la legitimación procesal del administrador. La otra modalidad de la legitimación indirecta se da cuando quien actúa en el proceso si bien es titular de la relación jurídica controvertida, no lo hace en nombre del verdadero

titular, sino en nombre propio, aunque haciendo valer derechos o sopor-
tando obligaciones ajenas (233); en este caso se halla de sustitución pro-
cesal ha sido recogida claramente por la jurisprudencia. A este respec-
to dice la sentencia de 6 de noviembre de 1941 que "así como " por re-
presentación " una persona puede ejercitar derechos ajenos, y en este ca-
so el representado es parte en el litigio, en derecho procesa " por sus-
titución" se puede actuar en juicio por un derecho ajeno, siendo parte
el sustituto al que siempre liga un interés con el sustituido". Nosotros -
según expusimos al habra de la naturaleza jurídica del administrador he-
reditario, este actúa en nombre propio e interés ajeno, de manera que su
legitimación para hacer valer en juicio derechos y obligaciones atinen-
tes a la herencia ha de configurarse como un supuesto de sustitución pro-
cesal, ya que el administrador es verdadera parte procesal porque de-
fiende intereses que pertenecen a quien no puede hacerlos valer, pues -
el causante ya ha fallecido cuando entra en funciones el adminis-
trador y los destinatarios de los bienes, hereditarios no adquieren nin-
gún derecho de disposición sobre los mismos hasta tanto el administra-
dor-testamentario no les haya hecho entrega de los bienes o dinero de
acuerdo con lo ordenado por el testador.

A los efectos previsto en el número 2, artículo 503 de la Ley -
de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 506 del mismo cuer-
po legal el administrador habrá de acompañar necesariamente a toda de-
manda o contestación los documentos que acrediten su carácter de tal y
que le legitiman para actuar procesalmente, y que serán el testamento,
o escrito del que resulte su nombramiento, junto con las certificaciones
de defunción del causante y del Registro general de actos de última volun-
tad. Y por lo que se refiere a la prueba de confesión en juicio es de no-
tar que aunque ninguna norma de derecho positivo lo establezca expresa-
mente, la confesión debe proceder de las partes (artículo 579 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil y sentencia de 9 de noviembre de 1935), y como que el sustituto, administrador, es verdadera parte procesal no obstante su legitimación indirecta, será el sustituto y no el sustituido quien - esté obligado a confesar, cuando así lo exigiere el contrario, fuera del caso especial previsto en el artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.8.2. - Ambito de actuación

Dada la función de los administradores ha de entenderse como - principio general el de que es admisible su intervención en todo litigio sobre los bienes de la herencia. El administrador, pues, ya venga designado por el testador, por la ley, por el juez o por los interesados, sea el heredero o un extraño, es el llamado a ejercitar las acciones que correspondan a la herencia contra los mismos sucesores o contra terceros, en la vía judicial o en la gubernativa y ya se trate de acciones posesorias o definitivas, reales o personales, pudiendo ejercitar todas ellas cuando fuere procedente y continuar el ejercicio de las mismas, ya iniciado por el causante, siempre que haya sido puesto en funciones de administración. El administrador judicial puede desistir por sí, sin previa autorización de las apelaciones que a su nombre hayan sido interpuestas - (sentencia de 25 de septiembre de 1.906). Y del propio modo el administrador es llamado a defender la herencia en las cuestiones que contra la misma se promuevan por terceras personas o por los propios sucesores. El administrador tiene derecho, con arreglo a los artículos 1.099 y 1.016 para demandar de desahucio a uno de los coherederos que, sin aquiescencia de los demás, habita en precario una casa de la herencia (sentencia de 13 de noviembre 1.885 ; asimismo la de 10 de enero de 1920). Pue

de nombrar Procurador que le represente y Letrado que le defienda, - -
así como pedir fondos al Juez para los litigios y defensas.

2.8.3. - Legitimación activa.

La facultad de gestión procesal del administrador es una consecuencia natural del derecho de administración, puesto que aquel a quien comprende la gestión de un patrimonio, le corresponde la actuación procesal con respecto al mismo, como se ha dicho en las paginas anteriores esta legitimación que la ley otorga a los administradores ha de configurarse como un caso de sustitución procesal.

En virtud de esta legitimación activa el administrador puede accionar, como hemos visto antes, frente a los herederos legatarios y demás personas interesadas en la sucesión que intenten sustraerse al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el causante, así como frente a quienes aleguen derechos sobre los bienes hereditarios o impugnan la validez del mismo administrador.

El administrador puede promover litigios en tanto esté vigente el cargo; en consecuencia, una vez terminada la administración carece de la personalidad que antes tenía (sentencia 14 de febrero de 1.952), y ello envuelve un problema relacionado con la falta de personalidad, puesto que lo que se niega es el carácter con que el acto comparece en el - proceso (sentencia 18 de junio de 1942). (234).

La actuación del heredero junto al administrador ha de ser considerada como un supuesto de intervención voluntaria en el proceso, que

presenta las características de una intervención adhesiva, puesto que en este caso el heredero coadyuva con el administrador para el logro de los fines señalados por el testador y se adhiere a sus pretensiones, proque tiene un interés en la litis que queda amparado por esta intervención. Dice a este respecto GUASP (235), " Pero intermediario entre parte y tercero puede considerarse, no obstante, al mero interesado, el cual, aunque no sea titular activo o pasivo de la pretensión, es afectado por las vicistudes procesales, y ello le justifica, en cierto modo, para intervenir cerca del órgano jurisdiccional, haciendo simples peticiones u oponiéndose a ellas ". Esta figura no aparece regulada - en nuestras leyes de procedimiento, pero según PLAZA (236) la intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil queda definida por las siguientes notas: no le asiste la facultad de promover el juicio; ha de -- aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención con efectos preclusivos para él; puede ayudar la gestión de litigantes a quien se adhiere contribuyendo al éxito con sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté particularmente asistido. Y por obra de su intervención queda vinculado a la resolución del proceso, no solo con la parte a cuyos fines coadyuvó, - sino también en relación con la contraria. Con respecto a la intervención de un tercero en el proceso civil ha establecido la sentencia de 17 de febrero de 1951 que "la intervención de D.A.C., pues, solo puede - admitirse con las limitaciones propias de tal tercero, una de las cuales es la de que ha de entrar en el litigio en el estado en que se encuentre en el momento procesal de su intervención, sin facultad de hacer retroceder la tramitación.

La tesis de la intervención adhesiva parece haberla tenido en cuenta el Tribunal Supremo en la sentencia 21 de marzo 1911 (237).

En cuanto a la legitimación pasiva únicamente diremos que según el núm. 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo el demandado está asistido de la facultad de denunciar la falta de legitimación pasiva (238).

2.8.4. - Beneficio de pobreza.

Según el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la justicia se administrará gratuitamente a los pobres que por los Tribunales y Juzgados sean declarados con derecho a este beneficio, pero añade el artículo 20 de la citada ley que el beneficio de asistencia por pobre sólo se concederá para litigar derechos propios, que en opinión de -- GUASP (239) son aquellos derechos cuya titularidad corresponde a la persona que figura como parte en el proceso para el que se solicita la defensa gratuita. "

La legitimación procesal del administrador la hemos configurado como un supuesto de sustitución procesal, o sea de intervención en nombre propio e interés ajeno, puesto que el administrador no es el verdadero titular de la relación jurídica controvertida. En consecuencia es indiferente que el administrador pueda o no ser reputado legalmente pobre, puesto que como no litiga derechos propios, no tiene por qué cargar con los gastos del proceso ni sería correcto valerse de una persona legalmente pobre para desempeñar el cargo del administrador con las miras puestas en el beneficio de la asistencia judicial gratuita. Pero esto llevaría a la consecuencia de que por no litigar el administrador derechos propios conforme al artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ningún caso podría gozar del beneficio de pobreza, puesto que el sustituto no litiga derechos propios, sino de tercero, o sea del sustituido. Pero como que este sustituto procesal dicho beneficio cons-

tituiría una evidente iniquidad como oportunamente señala GUASP (240), y de ahí que la jurisprudencia haya tenido que hacer las oportunas salvedades.

Así, la sentencia de 18 de junio de 1.880 estableció que "los albaceas por analogía los administradores - en concepto de tales tienen perfecto derecho para que se les conceda el beneficio de pobreza al efecto de reclamar o defender judicialmente los bienes y derechos del difunto, cuando justifican que su herencia se encuentra en alguno de los casos determinados en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que obste ni se exponga a ello la doctrina sancionada por el Tribunal Supremo de que tal beneficio es individual, personalísimo y para litigar - derechos propios, porque ni la herencia representa una colectividad, si no la personalidad individual del testador, ni el administrador litiga en tonces derechos cedidos por un tercero rico, sino los exclusivos y únicos de ella. Resulta interesante consignar aquí que según la sentencia 25 de mayo de 1885" "Los efectos de una sentencia concediendo a determinada persona el derecho a defenderse como pobre, se transmitan, por - su fallecimiento, a su testamentario. Pero una vez el administrador ha cumplido su misión, o sea cuando ha entregado la herencia a las personas designadas en el testamento o la ha destinado a las finalidades expresadas en el mismo o en la confianza revelada, es preciso que todos se - hallen en condiciones de disfrutar del beneficio de la asistencia judicial gratuita, pues de no estimarse así podrían burlarse los preceptos del - artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia 13 de octubre - de 1927).

Relacionado con este problema de la asistencia judicial gratuita resulta interesante hacer referencia aquí a la doctrina sentada por la sentencia 13 de junio de 1944, la cual estimó derecho propio del albacea - administrador por analogía - el de reclamar litis expensas a los he-

rederos para defender el testamento impugnado de nulidad por ellos, con el fin de actuar en el pleito principal, no como pobre, sino como rico, - en representación de la herencia y a expensas de ésta.

2.8.5.- Las costas procesales

Los gastos que es preciso efectuar para la declaración judicial del derecho controvertido ¿correrán a cargo del administrador o del caudal hereditario? Esta cuestión ha de resolverse de acuerdo con las no--tas que se han señalado como características de la sustitución procesal, y si en virtud de las mismas resulta que el administrador actúa en el proceso en interés ajeno, lo normal será que las costas procesales vayan a cargo del caudal hereditario. En consecuencia, ha de sentarse como norma general que son a cargo del caudal hereditario los litigio que promueva o se promuevan frente al administrfador con tal carácter (sentencia de 25 de junio de 1886 y 4 de mayo de 1.927 , entre otras).

Ahora bien, esto no es sino una regla general a la que ciertamente resulta difícil econtrar fundadas excepciones. Como pone de relieve GUASP (241) si la condena en costas se impone como consecuen cia de la actuación dolosa o culpa de una persona, sería injusto someter al representado, ajeno por completo a la temeridad o injusto proceder del representante, al pago de unas costas que tienen por fundamento esta --anómala situación. Este criterio aparece reflejado en los artísculos 241 - y 249 del Código Civil, que establecen la posibilidad de una condena --personal respecto a los volcales del consejo de Familia o a quienes promuevan contiendas sobre la resolución de dicho consejo desestimando las excusas, disposición que por razones de anlogía resulta conveniente declarar aplicables al albacea y al administrador, como vienen a confirmar lo las siguientes resoluciones:

Sentencia de 16 de noviembre de 1904, según la cual "seguido el pleito contra los albaceas - administradores, para exigirles el cumplimiento de una obligación personal, ha podido y debido el Tribunal sentenciador tener en cuenta esta circunstancia para declararles responsables personalmente de las costas a sus instancias causadas".

Si el albacea- administrador promueve un litigio dos días antes de terminar su gestión, y luego en vez de desistir sobre la prosecución del litigio al terminar su cometido, formula un incidente de previo y especial pronunciamiento, relativo a la nulidad de las operaciones practicadas por él mismo desde que cesó en dicho cargo causando gastos innecesarios al olvidar el carácter extraordinario de estos recursos, el Tribunal "a quo" interpretó acertadamente aquel precepto legal condenándole personalmente a pagar las costas (sentencia 4 de mayo de 1927).

Sentencia 14 de febrero 1952, según la cual son a cargo del albacea-administrador - los gastos causados una vez cesó en el cargo.,

Con base en el artículo 249 del Código Civil, puede también - sostenerse que cuando el Juez considere injustificada la causa alegada - por el albacea - administrador - con el fin de excusarse de seguir desempeñando el cargo (artículo 899 del Código Civil); este debe ser condenado al pago de las costas que haya ocasionado el litigio.

2.8.6. - Representación procesal del administrador.

Cuando ya sea por disposición legal (artículos 3 y 4 de la ley de Enjuiciamiento Civil) o por voluntad del interesado la representación procesal del administrador se encomiende a un Procurador de los Tribunales hay que decir que la representación del Procurador comienza me-

diante el otorgamiento del oportuno poder.

La cuestión merece un poco más atención con respecto al momento de la terminación de la administración; ¿qué suerte correrá entonces el poder otorgado por el administrador para su representación en juicio ? Según el nº 5, artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cesará el Procurador en la representación" por haber terminado la personalidad con que litigaba su poderdante ", habiéndose de interpretar la expresión "personalidad", a juicio de PUIG FERRIOL (242), como comprensiva de todos los supuesto de pérdida o terminación de la capacidad - capacidad para ser parte y capacidad procesal - y de legitimación. - En consecuencia, como que según reiterada jurisprudencia (sentencias de 6 de diciembre 1895; 4 de marzo 1902; 28 de mayo 1907, 14 de diciembre de 1952 y 23 de junio de 1.954, entre otras), cuando ha transcurrido el plazo para cumplir la administración el administrador carece de personalidad para comparecer en juicio, ha de concluirse que el número 5, art. 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sanciona la extinción o caducidad del poder otorgado por el administrador al Procurador para que le represente en juicio, conforme ha admitido el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 1.942.

2.9.- Duración y extinción de la administración.

Si la función del administrador se entiende siempre conferidas hasta cierto día, porque nunca es ilimitada en el tiempo su gestión, se extinguirá mediante la llegada del término fijado por el testado, el juez o los herederos y demás interesados en la herencia, por ejemplo mayoría de edad de algún menor interesado.

Termina también la administración mediante cumplimiento del encargo para el que pudo ser establecida, aunque no hubiere transcurrido algún límite temporal si éste se fijó; tal puede ocurrir, en general y al margen de los casos legales, cuando los herederos entren en posesión de los bienes hereditarios o cuando acontezca la condición resolutoria que se puso a su constitución.

Puede extinguirse igualmente la administración por la destrucción de los bienes de la herencia, toda vez que entonces falta el objeto sobre que ejercitarla.

Por lo que atañe a la administración de la herencia diferida bajo condición suspensiva o potestativa negativa, evidentemente, al cumplirse la condición y, por consiguiente, entrar el heredero en el pleno goce de la herencia que le estaba destinada, las funciones del administrador carecen de sentido toda vez que nadie mejor que el propio heredero para hacerse cargo de ellas. Y si la condición no se cumple o hay certeza de que no podrá cumplirse, la institución queda sin efecto cual si no se hubiere hecho y la herencia corresponderá a las personas llamadas para ese caso por el testador, a los coherederos del instituido si entre ellos existe el derecho de acrecer y, en último término, a los parientes a quienes corresponda la sucesión abintestato.

En la hipótesis prevista en el Código Civil de la administración de la herencia deferida a un concebido y no nacido, prescriben los artículos 965, 966 y 967 que la administración de los bienes durará todo el tiempo que media hasta que se verifique el parto o se adquiriera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber transcurrido con exceso el término máximo para la gestación y resultar, por lo tanto, que la presunta madre no está en cinta. Resulta, pues, que la administración de la herencia del póstumo, supuesto este al que concreta el Código sus disposiciones en este lugar, nunca

podrá durar más allá de los trescientos días, contados, naturalmente, a partir de la muerte del "de cujus", toda vez, que tal es el plazo máximo que para la vida humana intrauterina preve el artículo 108 del Código Civil.

Verificado el parto la herencia iría al recién nacido representado por su padre o tutor; lo mismo puede decirse de la parte que en la herencia le correspondiere en caso de pluralidad de herederos. Y si el concebido no existe o no llega a nacer, se llamará, como hemos dicho a los coherederos con derecho a acrecer, a los sustitutos o a los herederos legítimos (243).

El artículo 1020 del Código Civil prescribe y para todos los casos de aceptación de herencia a beneficio de inventario, que durante la formación de éste y en el tiempo que medie hasta la aceptación de la herencia, el Juez provea a instancia de parte interesada a la administración del caudal.

Sobrevenida la aceptación de la herencia beneficiaria, naturalmente cesa el administrador para hacer entrega de la misma al heredero aceptante, y si éste repudia la sucesión, entonces se dará entrada en ella a sus coherederos si se da entre ellos el derecho de acrecer, al sustituto si existe nombrado o, en último término, a los sucesivos herederos legítimos.

Así mismo puede deducirse del artículo 1031 que la administración cesa cuando resulta que no alcanzan los bienes hereditarios para pagar todas las deudas y legados, toda vez que en dicho supuesto el administrador dará cuenta a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado; al agotarse el activo sucesorio por esta manera, pierde toda -

razón de ser la administración hereditaria y el encargado de la misma - ha de abandonar sus funciones, sin menoscabo de su responsabilidad por los perjuicios causados a la herencia que le sean imputables.

En la jurisprudencia dedicada a la administración de herencias testadas e intestadas late también el criterio de que la administración - subsiste en tanto que los herederos no hayan entrado en el goce de los bienes relictos. (244)

Si hasta ahora hemos visto las causas de extinción de la administración en general, vamos a ver ahora las causas de extinción del - cargo de administrador en una persona determinada, es decir las características por su naturaleza subjetiva (245).

La primera de estas causas que vamos a ver la remoción. La presencia del administrador a la cabeza del patrimonio relicto puede hacer peligrar los intereses de herederos, acreedores y legatarios y aun de la propia sucesión. A fin de remediar tal situación siempre que el administrador no lo sea convencional, esto es, nombrados por los mismos interesados en la herencia, no hay otro remedio que reconocer a los Tribunales el poder de destituirle de sus funciones. Si los tutores - por una parte, y por otra todos los cargos jurídicos civiles de confianza y responsabilidad pueden ser removidos, nada ha de obstar a la remoción de administradores. Así lo reconoce el artículo 967 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, diciendo que el administrador "será amovible a voluntad de dicho Juez".

La remoción supone pues el cese del administrador en el ejercicio de sus funciones decretado por la autoridad competente a instancia de cualquier interesado en virtud de una justa causa.

La destitución, puede decirse fundada - caso de ser éste designado testamentariamente - sobre la presunción de que el testador habría hecho lo mismo de haber podido asistir a la futura conducta de su designado.

Según las sentencias 4 de febrero de 1902 y 5 de julio de 1947 el administrador puede ser removido cuando incurra en alguna de las causas que le incapacitan para desempeñar el cargo o para el ejercicio de los derechos civiles por la razón fundamental de que no puede desempeñar cargo alguno el que incurre en incapacidad legal para obtenerlo.

Las mismas sentencias han estimado causa suficiente para decretar la remoción del albacea y por analogía la del administrador cuando éste actúa dolosamente en el ejercicio de sus funciones, pues totalmente incompatible una conducta dolosa con el desempeño de un cargo eminentemente fiduciario (el dolo es también una de las causas que determina la remoción del tutor, ver núm. 4 artículo 238 del Código Civil).

Cuestión tradicionalmente controvertida es la de si la negligencia del administrador en el ejercicio de su misión puede reputarse causa suficiente para removerle del cargo. La sentencia 3 de octubre de 1931, declarará resueltamente que la negligencia no es causa suficiente para la remoción de un administrador; sin embargo en otras ocasiones - sentencia 18 de febrero 1908 - el mismo Tribunal Supremo había declarado que la negligencia y mala administración del albacea impone la procedencia de la remoción del mismo.

La doctrina SANCHEZ ROMAN, ROCA SASTRE, ALBALADEJO partiendo del conocido axioma de que las normas de carácter punitivo han de interpretarse con un criterio restrictivo, ha repetido con cierta insis

tencia que sólo la negligencia grave puede dar lugar a la remoción, en caso contrario, o sea si la negligencia no podría reputarse grave o rayana al dolo, el administrador vendría obligado únicamente a responder de los daños y perjuicios ocasionados por su conducta.

La Ley no establece procedimiento especial alguna para resolver acerca de la procedencia o no de la remoción de los administradores, de manera que a tenor de lo dispuesto en los artículos 481 y ap. 2, art. 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habrá que acudir a los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía (246). Más seguro resulta admitir que la demanda habrá de interponerse imperativamente ante el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del causante con arreglo al apartado 3, art. 99.

Si el Tribunal desestima la petición de remoción del administrador, conserva éste su integridad cuantas facultades le confirió el testador en su testamento y seguirá en la administración. Por el contrario, si se estima fundada la acción, el fallo judicial determinará el cese del administrador.

Guarda indudable paralelismo con la remoción la revocación del mandato conferido al administrador por el heredero o herederos que convencionalmente lo designaron. Ahora bien la revocación puede hacerse de diversas formas, pero esencialmente de dos: expresa y tácita. La primera no suscita dificultad alguna, concretándose en una declaración de voluntad unilateral (artículo 1773 del Código Civil) y recepticia (sentencia de 14 de abril 1930). La revocación tácita del mandato para administrar puede revertir diversas modalidades. Ante todo, ocurre pensar en el supuesto legal que el artículo 1735 del Código Civil contiene, según el cual el nombramiento de un nuevo mandatario-administrador para el mismo negocio-gestionar la misma herencia - produce la revocación del

mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido..... En segundo término, puede acontecer que el propio heredero o coherederos mandantes renuncien a la delegación de sus facultades de administrar la herencia que les pertenece y deseen entrar por sí mismos en el ejercicio de tales funciones.

En cuanto a los efectos de la revocación no es preciso resaltar que el principal es el de hacer cesar la relación entre mandante y administrador, dando lugar a la rendición de cuentas finales y devolución de los bienes al heredero o herederos. Otro efecto es el que puede haber lugar a un derecho de indemnización a favor del administrador si la administración se concertó a plazo cierto y la revocación anticipada le irroga perjuicios, o si envolvía la administración un arrendamiento de servicio.

Otra causa de extinción del cargo de administrador de la herencia es la renuncia. No aludimos aquí a la renuncia previa a la entrada en funciones que más que tal renuncia constituye una excusa, y que no puede extinguir el cargo de administrador sencillamente porque éste no ha comenzado a tener vigencia. Por lo tanto hacemos referencia en este lugar a la renuncia verificada después de la declaración de voluntad unilateral y recepticia de dejación del cargo a que, por analogía con lo dispuesto en el artículo 899 del Código Civil, tiene derecho el administrador siempre que posea justa causa, apreciada generalmente por el prudente arbitrio judicial.

El problema, pues, radica en la interpretación de esa justa causa y de ese libre arbitrio a la que alude el artículo 899 del Código Civil que invocamos por analogía. En defecto de norma expresa pueden servir de pauta inicial, aunque no única, las causas que constituyen excusa legal respecto a los cargos de tutor y protutor. Todos los motivos

del artículo 244 del Código Civil serán, según este criterio, bastantes para dar lugar a la renuncia de las funciones de administración de una herencia. Así, pues, serán reputadas en justicia causas legítimas de renuncia las de ser Ministro del Gobierno y la Nación; Presidente de las Cortes, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo del Consejo de Economía Nacional. Los eclesiásticos. Los Magistrados, Jueces y funciones del Ministerio Fiscal. Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno. Los militares en activo servicio, los que tuvieren cinco o más hijos. Los que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia. Los que, por el mal estado habitual de su salud, o por una deficiente instrucción, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo. Los mayores de sesenta años. Los que fueren ya tutores o protutores de otra persona (Redactado conforme a la Ley 14/1975, de 2 de mayo). Si todos estos motivos son suficientes en su caso, para eximir de las funciones de tutor y protutor, de carácter público y obligatorio, es indudable que, con mayor razón si cabe, proveerán a una análoga virtualidad para ser justas causas de renuncia de una administración hereditaria. Los múltiples quehaceres profesionales del administrador, la ausencia de éste aunque no sea definitiva, del lugar en que radicquen los bienes hereditarios o su mayor o mejor parte; la enemistad grave y manifiesta entre él y los demás interesados en la herencia; y, sobre todo, y genericamente, la imposibilidad de seguir desempeñando la administración sin grave detrimento propio, en frase del artículo 1736 del Código Civil pueden constituir, a modo de ejemplos, otras tantas causas de renuncia apreciable por el sano criterio del Juez.

El Juez competente para entender de la renuncia parece que habrá de ser el del lugar en que viniere ejerciendo la administración en su parte principal (247), salvo si se halla en tramitación el oportuno juicio de testamentaria o de abintestato, pues que entonces, a tenor de la regla 7ª del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por aquello de que lo accesorio sigue a lo principal, será Juez competente el que conozca de tales juicios, esto es, el que hubiere tenido el causante en su último

domicilio.

En cuanto al procedimiento , parece lógico aplicar el de los actos de jurisdicción voluntaria (artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); únicamente si existe oposición a la renuncia por parte de los herederos o de los otros interesados, el expediente de jurisdicción voluntaria promovido se convertirá en contencioso y se sujetara a los tramites que corresponda según la cuantía y el artículo 1817 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

En general, previa solicitud de administrador, el Juez dictará auto admitiendo o denegando la renuncia, contra cuya resolución cabe la apelación en ambos efectos, para ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, y sólo en un efecto los interesados que hubieren venido al expediente. Una y otra apelación se regirán por los trámites de los incidentes (248).

Ahora bien, no admitida la renuncia, por carecer de causa o basarse en la que el Juez o los interesados que nombraron al administrador no estiman justa, a pesar de ello y en contra de la decisión de uno y otro puede ocurrir que el administrador persita en separarse de sus funciones, incluso abandonando el cargo que le fue confiado. Como el cargo objeto del abandono se traduce en una obligación personal, voluntaria en su origen, y a cuyo cumplimiento no puede constreñido el administrador, solamente puede serle aplicados dos diversos tipos de pena civil. El uno consiste en la derivada de la responsabilidad por daños y perjuicios que en su actitud inhibicionista ocasione a la herencia y a los interesados en ella. La otra penalidad puede consistir en la derivada de una aplicación analógica, que estimamos perfectamente factible, al igual que GITRAMA, que es la del artículo 900 del Código Civil por la cual al administrador nombrado por testamento; tal adminis--

trador perderá cuanto el testador le hubiere libremente dejado, salvo -- siempre su derecho a la legítima estricta, que , como es sabido, resulta intangible.

Se extingue, asimismo, la administración en la persona de -- quien la ejerce cuando sobreviene la imposibilidad de su ejercicio, cuya imposibilidad puede ser física y moral, y en todo caso ha de hacer absolutamente irrealizable el ejercicio de las funciones para que surta el efecto de extinguir el cargo; así ocurrirá con la demencia, la sordomudez, la ausencia a punto lejano que dificulte en extremo el normal funcionamiento del cargo (y, por supuesto la declaración de ausencia), la pena accesoria de interdicción civil, la declaración en concurso o quiebra y otras causas semejantes.

En todo caso, el acaecer de algunas de dichas causas deberá ser puesto en conocimiento de los interesados en la herencia administrada o del Juez, en su caso, por las personas que sufren la incapacidad del administrador aunque no fuere más que por interpretación analógica del artículo 1739 del Código Civil.

En fin el fallecimiento del administrador es el modo más definitivo de extinción de sus funciones. Si éstas son, por esencia, indelegables e intransmisibles, por tratarse de un cargo conferido "intuitu personae" muerto el administrador habrá de terminar necesariamente la misión que a él se confió.

Por analogía con lo que suele estimarse sobre el albaceazgo, diremos que la cesación de la administración por muerte del administrador, cuando éste sea designado por testamento, no le priva a él ni a sus herederos de lo que el testador le hubiere dejado a título de herencia o de legado; pero si fue por concepto expreso de remuneración o retribución a los trabajos y molestias de la administración y la ejerció

más o menos tiempo, pudiendo haber sobrevenido su muerte poco después de la aceptación, no parece justo retribuir por completo un trabajo apenas comenzado, y se impondría como equitativa, aunque dificultosa, una solución a prorrata.

Cuando el administrador, por una causa subjetiva y siempre que con el no se extinga la situación de la herencia en la administración, en cuyo caso entrarán los bienes que la integran, con sus frutos, en posesión de los herederos o recibirán el destino que se les señale, es preciso reemplazarlo por otro. Ahora bien, si son varios los administradores nombrados, y uno de ellos cesa por alguna de las causas enunciadas, -- pueden seguirse dos diversos criterios por los que respecta a la sustitución y que GITRAMA (249) distingue al primero según que los administradores fueren nombrados conjuntamente sin distribución ni atribución concreta -- de funciones, en cuyo caso los restantes llevarán a cargo el encargo del que cesó; o bien hubo esa partición de funciones -- especialmente por voluntad de un testador -- y entonces no podrán los demás subrogarse en el lugar del que falta. El segundo criterio es el de que, habiendo varios administradores, tanto si resultan nombrados mancomunadamente como si lo son solidariamente, los que perdurasen sobre sus compañeros les sustituirán en el cargo.

Aquella primera solución, indudablemente más técnica, puede verse obligada a ceder el paso, la mayor parte de las veces a esta segunda, más práctica por los simplista, dada la dificultad que en buen número de ocasiones puede revertir la determinación exacta de la modalidad de la designación del administrador en cada caso.

2.10.- Rendición de cuentas

Como toda persona encargada de gestionar intereses ajenos, - los administradores vienen obligados a rendir cuentas de su misión - (sentencia 29 noviembre 1925).

Puede definirse las cuentas, con DIEGO DE CASTILLO y citado por GITRAMA (250) como la razón o memoria que presenta el administrador de lo que da y de lo que recibe.

Nuestras leyes civiles consignan en diversos preceptos el deber de rendir cuentas que compete al administrador hereditario. El artículo 967 del Código Civil, por ejemplo, dispone que al cesar el periodo de administración de la herencia deferida a un concebido y no nacido, el administrador dará cuenta de su desempeño a los herederos o a sus legítimos representantes, Y el artículo 1031 del mismo Código preceptúa que no alcanzando los bienes de una sucesión aceptada a beneficio del inventario para el pago de deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubieren cobrado por completo. Pero cuando todos los acreedores y legatarios fuesen pagados, extinguiéndose con ello este tipo de administración, y el administrador no hubiere sido el heredero, aquel rendirá a éste la cuenta de su administración (artículo 1032 párrafo 2º).

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil posee el artículo 1002 y seis preceptos más (1.010 - 1016) dedicados a regular concretamente la rendición de cuentas por el administrador del abintestato y que al ser aplicables también a las testamentarias (artículo 1097) devienen de aplicación general.

En general puede afirmarse que todo administrador ha de rendir cuenta de su gestión. El artículo 1010 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se halla concebido en términos tan omnicomprensivos como el 1031 del Código Civil; y lo propio puede decirse de las restantes disposicio-

nes pertinentes, excepto la del párrafo 2º del artículo 1032 del Código Civil. Debe rendir cuentas, por consiguiente, tanto el heredero administrador como el extraño a la herencia, que también lo sea.

Ahora bien, de la excepción aludida resulta una diferencia favorable al administrador que a la vez sea heredero; en tanto que éste debe dar cuentas únicamente si en la herencia aceptada a beneficio de inventario no existen bienes bastantes para pagar todas las cargas hereditarias (artículo 1031 del Código Civil), el administrador extraño a la herencia debe darlas en todo caso al terminar el dicho pago y precisamente al heredero beneficiario. No podría ser de otro modo como dice GILTRAMA, por cuanto que no dejaría de ser utópico exigir al heredero administrador la rendición de cuentas, asimismo una vez que entrase en el pleno goce del remanente de la sucesión; otra cosa ocurriría cuando fuese administrador el heredero pero existiesen otros copartícipes en la herencia, puesto que entonces lógicamente no se exime -- aquel de la obligación de rendir cuentas a sus coherederos, y es lógico que el extraño deba rendirlas a los derecho habientes por ser gestor de intereses que no le pertenecen.

Si el albacea es quien a la vez fue nombrado administrador, habrá de rendir cuentas bajo el doble carácter que ostenta y con arreglo al artículo 907 del Código Civil y a los aplicables en su caso como tal administrador. El Procurador tiene personalidad para presentar a nombre del administrador judicial las cuentas de la administración, si aquel había desaparecido (sentencia de 26 de diciembre de 1910). Además el hecho de que antes de ser albacea hubiere sido administrador, no exime de rendir cuentas por el último concepto por tratarse de funciones separadas e independientes (sentencia de 31 de marzo y 21 de noviembre de 1915). Si, por otra parte, una misma persona ejerce los cargos de contador-partidor y de administrador de la herencia, la aprobación de la cuenta particional no implica ordinariamente la de las cuentas de

como administrador, cuyas cuentas deberán formalizarse por separado.

Este deber de tener que rendir cuentas es transmisible a los herederos del albacea, por analogía del administrador, sin que se oponga a ello el carácter personalísimo del cargo (sentencia 27 de mayo de 1896), a incumbe también al tutor del albacea que haya cesado en el ejercicio del cargo por causa de incapacidad. Cree no obstante CICU (251) - que teniendo presente que una cosa es la obligación de entregar las - cartas y documentos que se encuentran en la herencia, y otra es la obligación de hacer las cuentas nos parece que ésta no puede ser cumplida más que, como acertadamente señala PUIG FERRIOL (252), por aquel - que ha llevado la gestión, es decir por el administrador, y que debe excluirse por tanto la transmisibilidad, pudiendo sólo admitirse que el heredero responda por la culpa en que haya incurrido su causante por no haber realizado cuanto era obligación suya para que las cuentas pudie sen haber sido hechas.

¿ A quien deben ser rendidas? Es preciso hacer mención aquí a los diversos supuesto previstos en las leyes y distintamente regulados. En el caso de la administración de la herencia de un "nasciturus" prescribe el artículo 987 que la cuenta del desempeño de la misma habrá de rendirse a los herederos o a sus legítimos representantes, entre los - cuales, estarán, naturalmente, los que lo sean del heredero recién nacido, si es que llega a nacer.

En la hipótesis de que una sucesión beneficiaria se agote el activo existiendo todavía "acreedores y legatarios que no hubiesen co-
brado por completo será preciso rendir a ellos cuentas (artículo 1031 del Código Civil) toda vez que en beneficio se dispone la administra-
ción en dicho supuesto y que no otros son los perjudicados al quedarse sin cobrar por lo que pueda haber. habido de mala gestión por parte -

del administrador. Naturalmente, los acreedores y legatarios que vayan siendo pagados se desentienden, en absoluto los primeros y a resultas - del artículo 1029 los segundos, de lo que pueda ocurrir después de la - gestión o liquidación de la herencia: solamente son " los que no cobran por completo " los interesados en averiguación la fidelidad de la gestión y la exactitud del pago hecho por el administrador.

Si todas las cargas de la herencia fueren pagas y el administrador de la misma fuese un extraño, naturalmente es el heredero o herederos a quien rendirá cuentas del desempeño del cargo (artículo 1032 - párrafo 2º del Código Civil).

Con razón lamentaba LOPEZ R. GOMEZ (253) la confusa redacción del Código Civil no dilucidando si, en la hipótesis del artículo 1031 y supuesto que el administrador no sea el heredero, ha de dar cuentas a éste y si interpretando el párrafo 2º del artículo 1032, cumplirá el administrador en el caso del 1031 con rendir cuentas al heredero. Parece que el legislador debiera haber comprendido ambas disposiciones en una sola estableciendo la necesaria distinción según que el administrador fuese el heredero o un extraño. Tal cual están los preceptos, parece que en el supuesto del artículo 1031 aunque la efectividad real del derecho del heredero depende de que existan o no bienes hereditarios después de satisfechos todos los créditos y legados, no puede negarse que se halla directamente interesado en la buena liquidación de la herencia y, por consiguiente, en observar mediante el administrador, la fidelidad con que se efectuó aquella; bien entendido, sin embargo, que la preferencia en el derecho a exigir y recibir las cuentas del administrador en el supuesto del artículo 1031 competirá a acreedores y legatarios.

En general, las cuentas pueden y deben presentarse directamente por el administrador a los interesados, sin intervención alguna judicial, ya que, ni los artículos que hemos señalado lo ordenan, ni la rendición de cuentas es acto que exceda de los límites de los de pura administración. Sin embargo cuando por cualquier motivo no puedan entenderse amistosamente administrador e interesados en todos los supuestos que den lugar al juicio de abintestato; al de testamentaria y los casos de administración que se rigen por las normas de éstas, las cuentas del administrador habrán de ser presentadas al Juez (artículo 1010 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), si bien ha de ser puestas también de manifiesto, a los interesados en las secretarías judiciales (artículo 1013 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), para posibilitar cualquier oportuna impugnación de las mismas.

Por lo que atañe a la forma y contenido de las cuentas dice el artículo 1010 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el administrador rendirá cuenta justificada en los plazos que el Juez señale, los que serán proporcionados a la importancia y condiciones del caudal, sin que en ningún caso puedan exceder de un año.

Al rendir la cuenta consignará el saldo que de la misma resulte o presentará el resguardo original que acredite haberlo depositado en el establecimiento destinado al efecto. En el primer caso, el Juez acordará inmediatamente al depósito; y en el segundo, que se ponga en los autos diligencia expresiva de la fecha y cantidad del mismo.

La presentación de cuentas se realizará por escrito sencillo sin firma de Letrado ni Procurador o por comparecencia judicial, en su caso. Tratándose de administración deferida judicialmente y máxime en testamentarias y abintestatos el escrito de las primeras cuentas encabezará el ramo separado de las mismas al que se unirán las sucesivas.

En relación con la forma de las cuentas justo es consignar que, según el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de junio de 1.908, se entiende hecha la rendición de aquellas y es inprocedente reclamarla, cualquiera que sean las irregularidades y omisiones de las operaciones parciales presentadas a la aprobación judicial por existencia de menores, cuando fueron aprobadas por la autoridad judicial sin oposición de ningún heredero, no obstante habérselas puesto de manifiesto; evidentemente, como señala GITRAMA, criterio como éste sólo y excepcionalmente será aplicable en el caso del comisario o contador que además sea administrador o albacea.

El contenido de las cuentas y como norma general basta la de que deben comprender todos los ingresos y todos los gastos realizados en o con ocasión de la administración de la herencia, cualquiera que sea el origen de unos y otros. Por tanto, en el activo deberá figurar todo el patrimonio, esto es, el capital, los frutos percibidos y hasta los no percibidos por culpa del administrador, el precio de los que incidentalmente se hubiere vendido etc. En el pasivo figurarán las expensas de administración y todo lo pagado por deudas, gastos funerarios, impuestos, etc.

En todo caso, tratándose de cuentas judiciales, el administrador consignará en el Juzgado al tiempo de presentarlas el saldo que de ellas resulte, a no ser que lo hubiere depositado en la Caja General de Depósitos y así lo acredite (artículo 1010 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Claro es que será preciso conjugar este precepto con el artículo 1019 de la misma Ley relativo a la provisión de fondos al administrador para subvenir a los gastos hereditarios, y sin olvidar que los mismos dispendios originados por la formación de cuentas han de correr a cargo de la administración toda vez que redundan en beneficio de la misma.

La obligación de rendir cuentas incumbe primordialmente a los

administradores cuando juzquen o crean que está cumplida por entero - la voluntad del causante; en caso contrario habrá de entenderse que cualquiera de los interesados en la sucesión puede compelerles al cumplimiento de esta obligación ejercitando las acciones judiciales pertinentes. Con respecto a la tutela estatuyo el artículo 287 del Código Civil que la acción para exigir las cuentas se extingue a los cinco años, pero parece fundado sostener con GITRAMA (254) que no puede invocarse este precepto - con relación al albaceazgo, porque en materia de prescripción no caben analogías. La acción para exigir del albacea la rendición de cuentas prescribirá por tanto a los treinta años contados desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas.

Es preciso tener en cuenta el modo de otorgar a las cuentas - la necesaria publicidad, el ramo separado de cuentas seguramente ha de interesar a todos los posibles derecho habientes en la herencia y al propio Ministerio Fiscal en tanto haya de intervenir en aquella. Es por esto que el artículo 1011 por lo que respecta a las cuentas parciales, y el -- 1013 (ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por lo que atañe a éstas y a las finales, prescriben que serán puestas de manifiesto en la Escribanía del Juzgado a la parte, que en cualquier momento pudiera, siempre que tratándose de las finales, lo haga dentro del plazo que a contar desde la cesación de funciones por parte del administrador, ha de señalar - el Juez, habida consideración de la importancia del caudal, cuyo término es prorrogable a tenor de lo prescrito en los artículos 306 y 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ningún caso se devengarán por ello derechos de exhibición.

Durante el plazo que acabamos de indicar pueden los interesados oponer los reparos que estiman convenientes (artículo 1014 de la - Ley de Enjuiciamiento Civil). Al que impugne las cuentas corresponde probar sus afirmaciones (sentencia de 27 de junio de 1907), sobre los que resuelve el Juez, mediante auto dictado según los trámites de los incidentes en vista de la contestación del cuentadante (artículos 1015 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A falta de impugnación o por desestimar el Juez los reparos formulados, aprobará estas cuentas mediante auto. El Juez no puede rehusar ni suspender el curso de un incidente sobre aprobación de cuentas, sean cualesquiera sus defectos, correspondiendo a los interesados exigir o no la plena justificación de las cuentas (sentencia de 15 de octubre de 1902). El juez en el auto que apruebe las cuentas declarará exento de responsabilidad al administrador, ordenando la cancelación de la hipoteca o devolución de la fianza que éste constituye.

Contra el auto resolutorio que ponga fin al incidente de cuenta finales, ya aprobándolas, ya rectificándolas, ya accediendo a la impugnación, procede la apelación a ambos efectos y después el recurso de casación (No es definitiva la sentencia que declara la nulidad del auto en que fueron aprobadas las cuentas. Auto de 7 de febrero 1901).

Evidentemente, todas esta regulación judicial cesará siempre que el administrador y los interesados (los herederos según el artículo 1002 de la, Ley de Enjuiciamiento Civil) se entiendan privada y amistosamente en todo lo referente a la rendición de cuentas.

En general hay que decir que la aprobación de cuentas supone la pérdida del derecho de exigir toda reclamación al administrador por cualquier concepto y de ahí que, habiendo interesados menores de edad o incapacitados, haya de guardarse las formalidades requeridas legalmente para la ,enajenación de bienes o derechos de los mismos.

En fin, la acción para exigir cuentas al administrador hereditario, prescribirá, como acción personal que no tiene señalado plazo - especial de prescripción fijado en la Ley, a los quince años (artículo 1964 del Código Civil), contados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1972, es decir, desde la cesación del administrador en sus funcio-

nes o desde que fue conocido el resultado de las cuentas si se trata de su impugnación.

El procedimiento a seguir para la rendición de cuentas ante el Juez será el de los actos de jurisdicción voluntaria; solamente si " a - posteriori " se produjese alguna contienda sobre las mismas se convertirá el expediente en contencioso, Artículo 1811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Habida cuenta de ello, por lo que respecta a la competencia judicial y ejecución de sentencias parece evidente que habrá que estar a la regla 2ª del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la que, en las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deben dar los administradores de bienes ajenos, será Juez competente el del lugar donde deban presentarse dichas cuentas y no estando determinado, el del domicilio del poderdante o dueño de los bienes (en -- nuestro caso, el del causante) o el del lugar donde se desempeña la administración, a elección de dicho dueño. De estas últimas palabras se infiere la regla - según la cual, si aparece determinado en testamento el lugar en que ha de presentarse las cuentas, será forzoso respetar - el mandato del testador siempre que no quebrante principios jerárquicos fundamentales de la jurisdicción de los Tribunales, como ocurriría si se ordenase presentar las cuentas ante una Audiencia Territorial. En el silencio del testamento sobre el particular habrá que estar a la Ley - del domicilio del último que tuviere el testador. Es asimismo invocable el artículo 946 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2.11.- La responsabilidad del administrador

Estrechamente vinculada con la cuestión de la rendición de -- cuentas aparece la de la responsabilidad a que puede dar lugar su actuación. Y es que encontrándose situado el administrador a la cabeza de un patrimonio sobre el que posee vastos poderes, que puede utilizar abusivamente, es preciso dar toda la importancia que en sí corresponde a materia como ésta de la responsabilidad en que puede incurrir, es decir, de la aptitud que el ordenamiento jurídico positivo le atribuye para su--frir los efectos de su propia conducta antijurídica (255).

Siempre ha venido ejerciendo la autoridad pública una vigilancia extremada sobre la gestión que realizan en patrimonios ajenos los -- encargados de su custodia y administración; pero a pesar de ella, el administrador puede inteligentemente soslayarla. Se hace preciso adoptar ciertas precauciones, sin pensar en modo alguno en restringirle las fa--cultades, que sirven de contrapeso a sus obligaciones. Los considera--bles poderes concedidos al administrador diligente y vigilante no hacen sino redundar en mejor servicio del patrimonio administrado, sin temor a abuso alguno por parte de aquél; pero par el que no reuna dichas qualidades se hace preciso limitar su ejercicio, y ese límite se encuentra en la razón de ser de tales poderes: le son concedidos al administrador exclusivamente para facilitar su misión y el cumplimiento de sus deberes.

Por eso, en general, todo acto que contribuye a la buena gestión y administración de la sucesión, en interés de todos, no expone la responsabilidad personal del administrador; únicamente responden de él los bienes hereditarios, lo que no puede ser más justo, toda vez que -- ellos iban a ser los beneficiarios, pero si el administrador traspasa -- ese límite, incurre en falta; el patrimonio hereditario que administra requiere una reparación.

El criterio hállase, pues, entre las nociones de actos de buena administración y actos de mala administración, y es el Tribunal a --

quién corresponde el examen y determinación del carácter del acto que se le presente; la autoridad judicial calibrará las circunstancias de hecho que le rodearon en su realización, apreciará si en parecidas circunstancias otros administradores habrían obrado lo mismo. Por otra parte es preciso reconocer que, como dice PLANIOL (256), esa responsabilidad debe apreciarse, con más o menos rigor, según el cargo sea más o menos remunerado, o, más propiamente, en la medida que sea gratuito; será preciso tener en cuenta, además, si el propio administrador habría obrado del modo que lo hizo hallándose en juego su propio patrimonio.

La responsabilidad del administrador surjirá siempre que éste realice actos desprovistos de utilidad o de necesidad - tales son las dos ideas directrices-, es decir, de mala administración; y del propio modo, incluso tal vez con más fundamento, cuando en lugar de aplicar mal sus derechos y atribuciones, lo que hace el administrador es ser negligente en el cumplimiento de sus deberes, en cuyo caso no puede eludir su responsabilidad frente a los damnificados, en virtud del artículo 1902 del -- Código Civil.

Es decir, que, en líneas generales, puede afirmarse que incurre en responsabilidad el administrador que realiza una mala gestión de la herencia que se le confía; entendiendo aquí por ésta el conjunto de -- bienes inventariados (267), y equiparando la mala gestión a la realización de todos los actos que comprometen los intereses de aquélla, ya sean -- omisiones, ya negligencias, ya, genéricamente, defectos de gestión.

En general, puede también recurrirse, en un intento de perfilar la buena actuación de un administrador que le ponga a cubierto de toda responsabilidad, a la panacea de ese tipo clásico y abstracto que no

debe cometer falta ni ligera ni grave, y que se concreta en el modulo - "diligencia del buen padre de familia".

En todo caso el administrador ha de ser responsable frente a todos los interesados, en la herencia (herederos, legatarios, acreedores.....) y por supuesto, en ocasiones, ante la autoridad judicial.

Su responsabilidad se transmite a sus herederos. Y cuando los administradores sean varios y todos ellos hayan incurrido en responsabilidad, responderán solidaria y mancomunadamente, según haya sido constituidos; en la duda, o si tal no se determinó, por virtud del principio general del artículo 1137 del Código Civil, responderán mancomunadamente.

El artículo 1031 del Código Civil en la última parte señala --- que el administrador será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya. El mismo criterio se mantiene en el artículo siguiente, el 1032 que sujeta la rendición de cuentas por el administrador extraño al heredero a la "responsabilidad que impone el artículo anterior".

Ahora bien, es comprensible que porque el citado artículo 1031 no alude ni siquiera veladamente al dolo y a la mora punible, no puede corregirse que las responsabilidades derivadas de uno y otro no sean - aplicables a los administradores de la herencia; sobre la razón lógica de que respondiendo de olvido o inadvertencias no pueden menos de responder de malicias y perjuicios intencionado, es preciso no olvidar el artículo 1102 que, como principio general siempre aplicable, prescribe que las responsabilidades procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones, siendo nula la renuncia de la acción para hacerlas efectiva, Entendemos que con GITRAMA (258) enteramente aplicables los artículos 1.100 1101, 1102 y 1103 del Código Civil concernientes a las consecuencias - de la mora, la culpa y el dolo, y aún pudiera decirse que el 1718, por -

analogía con el mandato, al efecto de la responsabilidad de daños y perjuicios a favor del mandante por los que se le ocasionan por el incumplimiento de aquel, equiparando aquí al administrador con el mandatario. Y, naturalmente, resulta así mismo aducible el fértil artículo 1902, como principio general de responsabilidad y obligación de indemnizar el daño causado a la herencia (patrimonio ajeno) por acción u omisión del que lo realice o cometa, interviniendo culpa o negligencia.

En fin debe hacerse constar que así como sería nula, en virtud del citado artículo 1902 del Código Civil, la clausula testamentaria que intentase eximir al administrador designado por el testador de toda responsabilidad, ante todo habrán de tenerse en cuenta las especiales responsabilidades que, por el contrario, puede establecer el testador, si el administrador es designado por él, siempre que no sean contrarias a las leyes.

En general, puede estimarse que la responsabilidad surge, como decíamos, bien por hechos del administrador o bien por omisiones del mismo. Dentro de los excesos en las facultades de administración destaca preferentemente la sustitución de las simples atribuciones de administración por la enajenación propiamente dicha o cualquier acto o contrato que la suponga (259). Concretamente, revestiría particular gravedad los perjuicios causados a la herencia por una venta no autorizada cuando diese lugar al supuesto legal del artículo 1031 del Código Civil. Lo propio ocurriría con la sumisión de los bienes a gravámenes de cualquier naturaleza que disminuyesen su valor sujetándolos a responsabilidades indebidas. Y, en general, todo acto dispositivo realizado sin requisito de la aprobación judicial o de los interesados, en su caso, implicaría asimismo responsabilidad (sentencia de 20 de marzo de 1908).

Sin enajenar los bienes constituirían al administrador en responsabilidad todos aquellos actos que tendiese a disminuir su valor real, v.

gr.: destruyendolos total o parcialmente, cultivando inconsideradamente, o aniquilando las fincas, etc. Todo ello obligaría a los propios bienes - del administrador, salvo al alcance de la fianza establecida, como sabemos, para responder de lo percibido en bienes muebles y de la renta de un año de los inmuebles (artículo 1069 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así mismo, en el ejercicio de los derechos y deberes - funciones - de conservación, defensa y representación de la herencia puede el administrador realizar acciones dañosas que le hagan responsable, - tales, las de sostener un pleito temerariamente, transigir sobre los derechos hereditarios, aun con autorización, si es en forma perjudicial - para éstos; someter a juicio arbitral tales derechos en igual supuesto, etc., acciones todas ellas que acusan la negligencias suficiente y necesaria para constituir al administrador en responsable del perjuicio causado.

Por ser obligación del administrador la de obrar con fidelidad, si no procede de buena fe en el ejercicio de sus funciones o antepone - sus propios intereses a los del patrimonio administrado, maxime en caso de colisión entre ambos, se verá igualmente sujeto a responsabilidad - por analogía con el artículo 1726 del Código Civil. E incluso puede invocarse el artículo 1724 para el caso especial de que el administrador -- destine a usos propios los fondos de que dispone en administración para la administración, supuesto en que, independientemente de la acción penal a que pudiera haber lugar, habría aquél de deber los intereses de esas cantidades desde el día en que se hubiese constituido en mora, una vez terminada la administración.

Habría de responder también de cuantos pagos haya hecho por - cuenta de acreedores o legatarios de la herencia, siempre que el derecho de estos no apareciera cumplidamente comprobado; aquí cabe la culpa, la negligencia, y el dolo, y para cada caso será preciso imponer - la responsabilidad correspondiente. Desde el punto de vista de los acree

dores parece no ofrecer duda la posibilidad del ejercicio por éstos de la acción pauliana contra el administrador, siempre que la actividad fraudulenta de éste ponga en peligro la solvencia del caudal relicto para el pago de los créditos aun pendientes (260).

El cargo de administrador es estrictamente personal, y quien lo desempeña no puede delegarlo; de ahí que todavía como otro de los más calificados actos que dan origen a la responsabilidad del administrador, haya de figurar la delegación de la gestión en tercero persona. Unicamente dejará de ser dicho acto fuente de responsabilidad de los perjuicios causados.

Inicialmente, y por regla general, puede partirse de la base de que la responsabilidad derivada de la omisión consiste en la ejecución incompleta o inejecución completa de los deberes de la administración, esto es, en el pecar por carta de menos en el ejercicio de las funciones. Así ocurrirá si, por ejemplo, no se cultivan las fincas rústicas, dejándolas perder; si no se ponen en producción las urbanas mediante los oportunos arriendos; si no se recaudan los frutos para luego ser vendidos en tiempo y forma; si se descuida la realización de las reparaciones ordinarias etc., hipótesis todas que perfilan un tipo de negligencia en el administrador que no puede quedar impune.

Y lo que se dice del perjuicio que por omisiones pueden sufrir los bienes hereditarios, cabe aplicarlo a los derechos de la herencia. El permanecer impasible el administrador ante el despojo de que puede ser víctima el caudal relicto; el dejar transcurrir el tiempo sin reclamar un crédito favorable a la sucesión, permitiendo así su prescripción extintiva; el no oponer las oportunas excepciones cuando se le demande de pago; el permitir que se perjudiquen los documentos de crédito a favor de la herencia, el no oponerse a la reclamación o constitución de un derecho real sobre los bienes hereditarios, etc., son también otros tantos motivos por los que el administrador no puede menos

de incurrir en responsabilidad.

Siendo las cuentas de la administración el reflejo en que se pueden observar todos los actos que el encargado de la misma ha llevado a cabo durante su actuación, no puede inferirse, por regla general, responsabilidad de ninguna clase para éste con anterioridad a la rendición de dichas cuentas; únicamente entonces podría saberse si el administrador obró con la debida diligencia, y si, caso de no hacerlo así, se aviene espontáneamente a hacerse cargo de los daños y perjuicio que haya podido causar a la herencia; sí después de todo ello el administrador manifiesta una resistencia o pasividad ante la indemnización del mal causado, entonces procederá exigirle la responsabilidad perteneciente por vía procesal. Sin embargo cuando excepcionalmente, y en los posibles casos en que haya sido relevado el administrador de la obligación de rendir cuentas, o bien cuando aún no hayan sido presentadas, surja un hecho u omisión origen notorio de responsabilidad por el perjuicio que orroga a la masa administrada, lógicamente no será preciso esperar a la rendición de cuentas -- que en el primer caso no ha de llegar -- para exigir al administrador responsable la oportuna reparación.

Por regla general, el tiempo relevante para la determinación del contenido y medida del daño será, si su resarcimiento se reclama judicialmente, el momento del fallo judicial, toda vez que, como dice DE CUPIS (261), posiblemente hasta entonces no se apreciará en toda su intensidad y extensión el perjuicio causado por la actitud del administrador. Usando un ejemplo del autor citado, si una cosa que forma parte de la herencia administrada sufre un incendio doloso o culposo -- (por negligencia del administrador) y se entabla la reclamación judicial de indemnización, puede ocurrir que la parte más grave del daño tenga lugar durante el curso del juicio: verbigracia: si la estructura del

edificio hubiere resistido inicialmente la acción del siniestro, pero debilitada, se derrumbase más tarde, o si, siniestrada una sola parte, el resto aparece pues en ruina, etc. En principio podían no existir ni siquiera indicios que patentizasen dicho daño ulterior.

En cuanto a quien corresponde la misión de fijar la responsabilidad del administrador, la solución resulta sencilla. Los atisbos de responsabilidad, los motivos que pueden ocasionarla, pueden ser conocidos por los interesados en la herencia (herederos, acreedores, legatarios, etc.), pero a ellos no compete otro derecho que el de acudir a la autoridad judicial siempre que el administrador infiel no se reconozca responsable de sus acciones u omisiones perjudiciales. Es al juez a quien, por naturaleza, corresponde la apreciación de la culpa, del dolo o del motivo, en general, origen de la responsabilidad y módulo para su valoración cuantitativa y cualitativa; ello constituye, a su vez, una garantía para los administradores que fácilmente podrían ser zaheridos por algún interesado en la herencia descontento al final de sus funciones de administración.

Entre las sanciones que determina la responsabilidad del administrador, cabe distinguir las de tipo civil y las penales. De cuanto hemos dicho, así como de los principios generales en materia de responsabilidad civil, se deduce que, ante todo, procede la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al caudal relicto. El resarcimiento opera aquí por vía de subrogación, de modo que, como dice DE CUPIS (262), por su medio queda neutralizado el daño de tal manera que se crea una situación idéntica a la que se daría si el daño a la herencia no se hubiese producido. Evidentemente, para lograr ese resarcimiento de daños y perjuicios al medio más expeditivo y eficaz será el de imputar a la fianza prestada por el administrador a su ingreso en el car-

las cantidades a tal fin destinadas. Sin embargo, en la administración judicial la fianza no garantiza más que los muebles recibidos y la renta de un año de los inmuebles, por lo que, en caso de que no baste a cubrir la indemnización precisa, será menester recurrir contra el restante patrimonio personal del administrador que afianzó.

Habrá lugar también, en caso, a las sanciones que por voluntad expresa del testador figuren en el testamento respecto al administrador o administradores nombrados en el mismo, siempre que no sean contrarias a las leyes; ello no sólo por la razón primordial de que la voluntad del testador, siempre que no se oponga a la ley, y a la norma de la sucesión, sino también por aplicación analógica del artículo 901 del Código Civil E igualmente el administrador que no acepte el cargo, o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima (artículo 900 del Código Civil).

A pesar de todo ello es preciso decir las sanciones penales correspondientes a los delitos que el administrador pueda cometer en el desempeño de sus funciones de tal y a la especial del artículo 401 del vigente Código Penal, aplicable sin duda al administrador en ciertos casos y que dice que el funcionario público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial y multa del tanto al triple del interés que hubiese tomado en el negocio.

3. - LA ADMINISTRACION EN EL JUICIO DE ABINTESTATO Y TESTAMENTARIA.

3.1.- JUICIO DE ABINTESTATO.

3.1.1.- Introducción

La regulación del proceso sucesorio para el caso de fallecimiento sin disposición testamentaria se encuentra en el título IX, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica "De los abintestatos".

La primera sección trata de la prevención del abintestato y en ella se desarrollan una serie de medidas cautelares, previstas, en principio, para cuando una persona muera intestada y se den los supuestos de los artículos 960 y 961, pero que también son aplicables al juicio de testamentaria por remisión expresa del artículo 1042.

La segunda sección, se ocupa de la declaración de herederos abintestato, y sus preceptos tienen por objeto determinar la persona o personas llamadas a heredar en los supuestos a que la Ley se refiere (voz "DECLARACION DE HEREDEROS T. VI).

La sección tercera se denomina "Del juicio de abintestato" y en realidad, contiene un proceso cuyo objeto es el reparto del patrimonio, hereditario entre los distintos herederos del causante, denominado por GUASP "proceso de adjudicación de herencias". No habiendo diferencia entre los herederos testamentarios y los abintestato, una vez hecha la oportuna declaración, el reparto del caudal seguirá las mismas reglas. Por ello, el primero de los artículos de esta sección, el 1001 dispone que hecha la declaración de herederos abintestato por auto o sentencia firme se acordará este juicio a los trámites establecidos para el de testamentaria. Como dice MANRESA, la Ley emplea el verbo aco-

modar para dar a entender que no ha de seguirse el abintestato por todos los trámites de las testamentarias, sino empleando tan sólo aquellos que sean necesarios para acabar dichas operaciones. Previamente el Juez mandará que se entreguen a los herederos reconocidos todos los bienes, libros y papeles del abintestato, y, que el administrador les rinda cuenta, cesando la intervención judicial.

Los otros dos artículos de esta sección contienen normas sobre acumulación de autos, especificando aquellos que, a los efectos del artículo 161, son acumulables a los abintestatos y a las testamentarias a saber:

1º.- Los pleitos ejecutivos incoados contra el finado antes de su fallecimiento, con la excepción establecida en el artículo 166 (juicios ejecutivos en que se persigan bienes especialmente hipotecados).

2º.- Las demandas ordinarias por acción personal, pendiente en primera instancia contra el finado.

3º.- Los pleitos incoados contra el mismo por acción real que se hallen en primera instancia, cuando no se sigan en el juzgado del lugar en que esté sita la cosa inmuebles sobre que se litique.

4º.- Todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto o sus bienes después de prevenido el abintestato, con la excepción antes indicada del artículo 166 (artículo 1003). Precepto que completa el artículo 161, cuya regla cuarta indica que deberá decretarse la acumulación cuando haya un juicio de testamentaria o abintestato al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción de las declaradas acumulables a estos juicios.

Las personas que podrán pedir la acumulación desde que se -
hubiere decretado la prevención del juicio de abintestato son las siguien
tes:

1º.- El Ministerio Fiscal mientras sea parte en el juicio, es -
decir, hasta que sea firme la resolución judicial por la que se haya -
hecho la declaración de herederos.

2ª.- El administrador de los bienes mientras tenga la repre--
sentación del abintestato.

3º.- Los herederos, o cualquiera de ellos, luego que fueron -
reconocidos y declarados tales por ejecutoria.

4º.- Cualquiera otro que sea parte legítima en el juicio de abin
testato (ARTículo 1004).

La cuarta y última sección del títuloIX se ocupa de lo que a -
nosotros nos interesa " DE LA ADMINISTRACION DEL ABINTESTATO".
Tampoco aquí se trata de normas exclusivamente aplicables a la sucesión
intestada, pues se extienden a cualquier otro proceso sucesorio, con muy
ligeras variaciones. Procuraremos ocuparnos con detalle de la administra
ción del abintestato.

3.1.2. - Concepto

La administración del abintestato tiene por objeto la conserva
ción de los bienes de la herencia mientras se tramita el juicio de abintes

tato. En realidad, continúa la acción cautelar de la prevención del abintestato al cesa ésta una vez se llega a la declaración de herederos por auto o sentencia firme. La Ley ordena que en todo juicio de abintestato se formará una pieza separada que se llamará de administración, en la cual se actuará cuanto tenga relación con ella. Si formará además, en su caso, los ramos separados de dicha pieza que fuesen necesarios para evitar confusión. La pieza de administración, el ramo de cuentas y demás incidencias de la misma se pondrán de manifiesto en la secretaría durante las horas de despacho a los que se hayan presentado alegando derecho a la herencia, siempre que lo soliciten del Secretario, el cual no devengará derechos por esta exhibición. Si en su vista formularsen algunas reclamaciones, el Juez las atenderá en cuanto sean fundadas (artículo 1005 y 1006).

La administración del abintestato se ejerce por una persona física: el administrador. En torno a él se artículo la regulación legal.

3.1.3.- El administrador

. 3.1.3.1.- Nombramiento, fianza y posesión.

Nombramiento.- Es de libre decisión del juez mientras recaiga en persona con facultad para obligarse. La Ley sólo exige (artículo 966 y 967 a los que se remite el 1007) que sea persona que ofrezca garantía suficiente y presete fianza a satisfacción y bajo la responsabilidad del Juez Precisamente por ser un cargo de confianza, el administrador es amovible.

Fianza. - Antes de entrar en funciones, el administrador ha de prestar fianza, que será proporcionada a lo que ha de administrar, No quiere ello decir equivalente al caudal hereditario - lo que muchas veces imposibilitaría halla administrador -, si no suficiente para reparar los daños de una administración desacertada. Sirve de orientación la regla quinta del artículo 1069, al disponer que la fianza será - bastante para responder de lo que perciba en bienes muebles y de la renta de un año de los inmuebles.

El Juez señalará la cuantía de la fianza, y como muy bien puede suceder que una vez calculado el valor de la herencia el importe de la fianza no sea suficiente, el artículo 1009 prevé que luego que - sea conocida la importancia del caudal, dispondrá el juez que el administrador aumente la fianza que hubiere prestado en las primera diligencia hasta la cantidad que determine, si estima que aquella no es suficiente. No haciéndolo el administrador en el término que el Juez le señale, será emplazado con otro que preste, fianza cumplida. Esta resolución puede adoptarla el Juez de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal en cumplimiento de la misión que le encomienda el artículo 927, o incluso de - cualquiera de los que se presentasen alegando derechos a la herencia. No haciéndose distingos por la Ley, es obvio que la fianza podrá ser de cualquiera de las clases admitidas en Derecho, a criterio del Juez.

Posesión. - Una vez prestada la fianza, se pondrá al administrador en posesión de su cargo (artículo 1007). Para la efectividad inmediata de la posesión se adoptarán dos medidas: a) darle a conocer a las personas que él mismo designe de aquellas con quienes deba entenderse para su desempeño; b) Darle, como credencial que justifique su representación, testimonio con el visto buen del Juez, en que conste su nombramiento y que se halla en posesión del cargo.

3.1.3.2.- Facultades, representación, conservación del caudal, abono de gastos, arrendamientos y ventas.

Facultades.- a) Representación.- Tiene un doble carácter. - Primeramente representará al abintestato en todos los pleitos que se -- promuevan o que estuvieren principiados al prevenirse este juicio, así como en todas las incidencias del mismo que se relacionan con el caudal, excepto lo relativo a la declaración de herederos, en cuyas actuaciones no tendrá intervención (artículo 1008 párrafo 2º 1º). En realidad como - dice GUASP, no representa al abintestato, sino que sustituye a los titularidades indeterminadas que figuran en la herencia. Es más que discutible - dice PLAZA - la tesis que en un terreno doctrinal estima que el administrador representa a los herederos cuando precisamente actúa antes de que se haya hecho esta declaración y precisamente cesa como consecuencia de ella. Para DIAZ VALCARCEL (263), es acertada la posición de ENCISO; que al margen de nuestra Ley que otra cosa dice: - mantiene el parecer de que los administradores ejercitan una facultad de disposición procesal sobre una relación jurídica ajena, en virtud de su titularidad sobre la relación de administración.

El administrador ejercerá también, en representación del abintestato, las acciones que pudieran corresponder al difunto, aunque de--ban deducirse en otro juzgado o tribunal o en la vía administrativa, y - así mismo la tendrá en los demás actos en que sea necesaria la inter--vención del abintestato, hasta que haga la declaración de herederos por sentencia firme (artículo 1008, párrafo 2º). La jurisprudencia tiene declarado que una vez hecha la declaración de herederos, no corresponde al administrador judicial sino a cualquiera de los herederos - estando la herencia por indiviso - ejercer las acciones que correspondieran al difunto (sentencia de 24 de octubre de 1.903).

Por tanto el administrador tiene la representación del abintestato en cuanto pueda interesar al caudal, lo mismo en juicio que fuera - de él, desde que toma posesión hasta que se hace la declaración de herederos o se adjudican los bienes al Estado. Se excluyen aquellas actuaciones encaminadas a conseguir la declaración de herederos, porque estas son las dispuestas en el artículo 1026 del Código Civil, según el cual tendrá en este concepto la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta compitan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

Conservación del caudal.- La razón de ser del administrador es la gestión del patrimonio hereditario, actividad básica que el artículo 1016 enuncia al decir que el administrador está obligado, bajo su responsabilidad, a conservar sin menoscabo los bienes del abintestato y a procurar que de las rentas, productos o utilidades que corresponda.

En cuanto al modo de llevar a efecto la actividad de conservación, la Ley distingue dos supuestos:

1º.- Reparaciones o cultivos ordinarios. El administrador deberá hacer en los edificios las reparaciones ordinarias que sean indispensables para su conservación, y en las fincas rústicas que no estén arrendadas, las labores y abonos que exija su cultivo (artículo 1016 párrafo 2º).

2º.- Reparaciones o cultivos extraordinarios. - Cuando las fincas necesiten reparaciones o cultivos extraordinarios, lo pondrá en conocimiento del Juzgado, el cual, oyendo en una comparecencia a los herederos reconocidos o a sus representantes y en su defecto por escrito al Ministerio Fiscal, y previo reconocimiento pericial y formación de presupuesto, podrá acordar que se hagan las obras por administración o por subasta, según estime más conveniente, atendidas las circunstancias del caso. Cuando el importe del presupuesto exceda de dos mil

pesetas, se empleará el medio de la subasta pública, a no ser que los herederos, o el Fiscal en su caso, pretaran su conformidad a que se haga por administración (artículo 1017 y 1018).

MANRESA pone de relieve que mla Ley sólo autoriza las reparaciones o cultivos extraordinarios cuando sean necesarios, no por razones de simple utilidad. Es deber del administrador conservar los bienes sin menoscabo, y a ello ha de limitarse. Las obras de mejoras corresponderán - si les interesa - a los herederos, una vez se les entregue el caudal.

El Expediente que se instruya para las reparaciones o cultivos extraordinarios se tramitará en ramo separado de la pieza de administración. Si hubiere herederos reconocidos por auto o sentencia - firme, el Juez los convocará para que puedan alegar lo que a su derecho convenga. En otro caso, sólo dictaminará el Ministerio Fiscal. El Juez decidirá lo más conveniente, previo dictamente pericial que abarque: conveniencia de la obra o cultivo propuesto, presupuesto del mismo y, en su caso, condiciones para la subasta. Si la subasta quedase desierta, MANRESA estima que el Juez - o ido: los herederos reconoci dos y, en su defecto el Ministerio Fiscal - podrá acordar que se hagan las obras por administración con sujección al presupuesto, o que se - anuncie nueva subasta como modificación del precio o de alguna de sus condiciones.

Abono de gastos.- Para el pago de contribuciones, pleitos - reparaciones, cultivos y demás atenciones ordinarias del abintestato, - el Juez podrá dejar en poder del administrador la suma que se crea necesaria, mandando sacarla del depósito sino pudiere cubrirse con los ingresos ordinarios (artículo 1019).

Es decir, que la ley considera gastos ordinarios los derivados de la actividad de conservación, incluso los procesales y los tributarios. Para atender a los mismo se destinarán, primordialmente, los ingresos ordinarios, y, en cuanto no basten, las sumas que el Juez mande extraer del depósito. Toca al administrador, en sus rendiciones de cuentas periódicas, exponer al juez el importe presunto de las atenciones que deberán cubrirse y, si estima que los ingresos ordinarios no bastarán para satisfacerlas, solicitar que del saldo positivo que pueda haber, se deje en su poder la cantidad necesaria o que se extraiga ésta del caudal depositado.

Arrendamientos.- La Ley de Enjuiciamiento Civil regula minuciosamente los casos en que el administrador pueda dar en arrendamiento los bienes hereditarios y las formalidades que deberá seguir. Si en el año 1880 la materia era importante, júzguese la trascendencia actual - bajo la vigencia de la legislación arrendaticia, especial.

1ª.- Sin sujeción previa, el administrador podrá dar en arrendamiento las cosas de habitación o cuartos en que estén divididas y las fincas rústicas de poca importancia, acomodándose a los precios y pactos de la localidad. Podrá así mismo autorizar la continuación por la tacita de los arrendamientos que estaban pendientes al fallecimiento del dueño, o renovar los fenecidos con las condiciones por éste pactadas y el mismo precio o mejorandolo, cualquiera que sea la importancia y clase de la finca (artículo 1021).

Conviene observar, como señala DIAZ VALCARCEL (264) que quedan excluidos del régimen general de subasta los arrendamientos de - viviendas, pero no los de locales de negocio.

Por fincas rústicas de pequeña importancia se entiende aque-

llas cuya renta anual no sobrepase las dos mil pesetas. Así se deduce del artículo 1022).

La posibilidad de concertar arrendamientos sin subasta supuso una notable innovación frente a la Ley procesal de 1885, cuyo artículo 389 disponía tajantemente que no se ejecutará arriendo alguno sino en pública subasta", La mayor confianza en el administrador redundaba evidentemente en beneficio para el caudal hereditario, pues es difícil que el aspirante o arrendatario se someta a las dilaciones o trámites de una subasta pública, a no ser que la finca sea de una importancia poco común.

22.- Deberán celebrarse en subasta pública judicial a propuesta del administrador del abintestato, los arrendamientos de establecimientos fabriles, industriales o de cualquiera otra clase, de fincas rústicas cuya renta anual exceda de dos mil pesetas y de lo que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad conforme a lo prevenido en la Ley Hipotecaria (artículo 1022).

Las Reglas a que se someterán las subasta, brevemente expuestas, son las siguientes: servirá de tipo para la subasta el precio medio del arrendamiento de la finca en los cinco últimos años, y, en su defecto, el que se fije parcialmente, no admitiéndose postura inferior al tipo. El administrador formulará un pliego de condiciones para la subasta que será aprobado por el Juez. El pliego se pondrá de manifiesto a los licitadores en la Secretaría del Juzgado que conozca del juicio y, en su caso, en la del Juzgado donde se radiquen los bienes, expresándolo así en los edictos, como también el tipo señalado. La subasta se anunciará por edictos que se fijarán en los sitios públicos del lugar del juicio y de aquel en que radiquen los bienes. En todo caso, se insertarán en los periódicos oficiales de ambos pueblos, si los hubiere, y podrán in

sertarse en el " Boletín Oficial del Estado" cuando el Juez lo crea conveniente. El término de la subasta será de treinta días a partir de la publicación de los edictos. El Juez podrá reducirlo cuando las circunstancias lo exigieren, sin que pueda bajar de quince días, señalando lugar y tiempo para la declaración de la subasta (artículo 1023 al 1026).

Si no se presentase postura admisible, se convocará segunda subasta con iguales solemnidades que la anterior, rebajando el tipo de un diez a un quince por ciento, a criterio del Juez. Si tampoco se hiciere proposición admisible, el Juez, oyendo previamente a los herederos reconocidos en la misma forma que hemos visto para las reparaciones o cultivos extraordinarios y, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrá autorizar al administrador para que otorgue privadamente el arrendamiento o dispondrá lo que estime conveniente (artículo 1027 y 1028).

Adviertase así mismo que el artículo 1029 dispone que, por regla general, se darán en arrendamiento todas las fincas del abintestato. Regla con dos excepciones facultativas para el Juez: a). - la de las fincas que el finado explotase o cultivase por su cuenta b). - la de cualquier otra respecto de la cual, por sus circunstancias especiales o para que sea más productiva, así convenga hacerlo a juicio del administrador. En este último caso deberá actuarse de acuerdo con los herederos reconocidos. De no haberlos, el administrador necesitará autorización del Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Abona esta interpretación el artículo 1017 en relación con el 1028 y el 1031).

Ventas. - En la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden separarse tres supuestos:

1º. - Bienes no inventariados. - El artículo 1020 dispone que

el administrador podrá vender, en época y sazón oportunas, los frutos que recolecte como producto de su administración y lo que recaudase - en concepto de rentas de los bienes del abintestato, verificándolo por medio de corredor donde lo haya y depositando sin dilación, a disposición del Juzgado, su importe líquido, Con el importe de las rentas en metálico y el que obtenga con la venta de frutos, el administrador deberá -- cubrir las atenciones que hemos estudiado en el apartado c) correspondiente al abono de gastos. El saldo favorable deberá ser depositado "sin dilación", locución que MANRESA interpreta en el sentido de que no ha de esperar a las periódicas rendiciones de cuentas.

2º.- Bienes inventariados.- Como regla general no puede ser enajenados durante la sustanciación del juicio de abintestato. Esta prohibición de enajenar puede llevarse al Registro de la Propiedad mediante la oportuna anotación (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de agosto 1896 y 28 de febrero de 1909).

3º.- Se exceptúan de la regla general de no enajenación de - los bienes inventariados: a) Los que puedan deteriorarse: .- b).- los que sean de difícil y costosa conservación; c).- Los frutos para cuya enajenación se presentan circunstancias que se estiman ventajosas, d) los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas o para cubrir otras atenciones del abintestato (artículo 1030) Nótese en cuanto a los frutos, que se trata aquí de los inventariados, pues de los que se recolecten durante la administración siguen la norma del artículo 1020.

El procedimiento para la venta es el siguiente:: el juez, a -- propuesta del administrador y oyendo a los herederos reconocidos en la forma expresada en el artículo 1017, y en su defecto al Ministerio Fiscal, podrá decretar la venta de cualesquiera de dichos bienes, verificándola en pública subasta y previo avalúo por perito. La venta de los

efectos públicos se hará al precio de cotización por medio de agente de bolsa o corredor que nombrará el Juez (artículo 1031).

3.1.3.3. Retribuciones. - Como contrapartida de sus actividades, el administrador tiene derecho a una retribución. Para que guarde congruencia con el importe del caudal administrado y con el número de gestiones realizadas, el artículo 1033 señala una serie de porcentajes que podemos agrupar así.

1ª). - Comisiones sobre las ventas: a). - sobre el producto líquido de la venta de frutos, bienes muebles o semovientes de los incluidos en el inventario, percibirá el dos por ciento; b) sobre el producto líquido de la venta de bienes raíces, el uno por ciento.; . - c) sobre el producto líquido de la venta de efectos públicos, el medio por ciento.

2ª) Comisión de cobranza de valores de cualquier especie, el uno por ciento.

3ª. - Sobre los demás ingresos que perciba la administración - por conceptos diversos de los expresados en los párrafos precedentes, el Juez señalará del cuatro al diez por ciento, tomando en consideración los productos del caudal y el trabajo del administrador. Se incluye en este apartado el producto líquido de la venta de frutos, bienes muebles o semovientes que procedan de la administración, a que se refiere el artículo 1020 ya citado y estudiado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fijó como precio de administración el cinco por ciento. La vigente, más flexible, deja el señalamiento al arbitrio del juez, entre límites bastante amplios. Deberá procurarse que los ingresos del administrador no sean tan excesivos que menguen indebidamente el caudal hereditario, ni tan escasos que hagan difi-

cil encontrar persona idónea que quiera hacerse cargo de la administración.

Los gastos de viajes podrán ser abonados al administrador - do el Juez lo estime justo y se trate de un desplazamiento que tenga necesidad de hacer para el desempeño de su cargo. En este supuesto no puede hablarse de retribución, sino de indemnización de gastos.

El administrador no tendrá derecho a otros ingresos que los detallados anteriormente. En esta materia, pues la discrecionalidad del Juez queda circunscrita dentro de los límites del artículo 1033.

3.1.3.4.- Rendición de cuentas.- Podrán ser parciales o finales

1º) El administrador rendirá cuentas justificada en los plazos - que el Juez le señale, plazos que será proporcionados a la importancia y condiciones del cuadal, sin que en ningún caso puedan exceder de un año. Al rendir cuenta consignará el saldo que la misma resulte, o presentará resguardo original que acredite haberlo depositado en el establecimiento destinado al efecto. En el primer caso el juez acordará inmediatamente el depósito y, en el segundo, que se ponga en los autos diligencia expresiva de la fecha y cantidad del mismo. Con las cuentas del administrador y comprobantes de las mismas se formará un ramo separado, - que será puesto de manifiesto en la Secretaría a la parte, que lo pidiese con objeto de instruirse, inspeccionarlo o promover cualesquiera medida sobre la rectificación o aprobación de las cuentas (artículo 1010 y - 1011).

Las reclamaciones que puedan presentarse contra las cuentas - parciales servirán - si son fundadas - para que el juez pueda corregir -

que se observen, pero en todo caso la resolución que se adopte se entenderá sin perjuicio de la aprobación definitiva de las cuentas (MANRESA).

2º.- Cuando el administrador cese en el desempeño de su cargo, rendirá cuenta final complementaria de las ya presentadas. Esta cuenta, en unión de las anteriores, se podrá de manifiesto a las partes por un término común, que el juez señalará según la importancia de aquellas. Si no hay oposición o si los reparos a las cuentas son desestimados, el juez dictará auto aprobándolas y declarando exento de responsabilidad al administrador. En la misma resolución el juez ordenará que se le devuelva la fianza o se concele la hipoteca que hubiere constituido. Si las cuentas fueran impugnadas en tiempo hábil, se sustanciará la impugnación con el cuentadante por los trámites establecidos para los incidentes. En este incidente - dice la sentencia de 6 de octubre de 1932 - será parte legítima el administrador. Contra el auto que le ponga fin cabrá apelación en ambos efectos. Contra el que dicte la Audiencia se dará recurso de - casación (artículo 1012 al 1015).

3.1.3.5.- Cese.- El administrador cesará, como regla general, al terminar el juicio de abintestato. También puede cesar, por excusa o por remoción, ya que, como hemos visto se trata de un nombramiento de confianza y por tanto amovible.

3.1.3.6.- Administradores subalternos.

Quedan subsistentes, con la misma retribución y facultades, las que tuviera el finado fuera de la población en que se siga el juicio, pero el cuidado de sus bienes. Los administradores subalternos se consideraran dependientes del administrador judicial y, por tanto, a él deberá ren

dir cuentas y remitir lo que recauden; pero no podrán ser separados por éste sino por causa justa y con autorización del juez. Con la misma autorización proveerá el administrador judicial, bajo su responsabilidad, las vacantes que resultaren (artículo 1034 y 1035).

3.2.- JUICIO DE TESTAMENTARIA

3.2.1. - Concepto y naturaleza

El juicio de testamentaria tiende como su propio nombre advierte a hacer efectiva la voluntad de un testador, llevando a efecto cuantas operaciones sean precisas para llegar a la realización o cumplimiento de la misma, abarcando desde el aseguramiento y custodia de los bienes integrantes del caudal hereditario hasta la definitiva distribución de los mismos entre las personas llamadas a la sucesión, liquidación y división del caudal relecto, reduciendo en lo posible la intervención judicial, como afirma la sentencia de 3 de noviembre de 1943, en numerosos casos, como pone de relieve GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA (265) se limita a aprobar lo que los interesados acuerdan. El procedimiento, en su modalidad de voluntario, supone una contraposición de los interesados frustradora de la partición amistosa y extrajudicial, para no afectar a extremos tan radicales que exijan de principio la provación de un juicio ordinario declarativo. En su carácter de necesario obedece, como destaca MIGUEL Y ROMERO; al propósito de amparar los derechos de las personas desvalidas. (266).

Como un propósito tan definido han de quedar fuera del juicio testamentario cualesquiera otras pretensiones no encajables en su finalidad. El mismo trata de poner en seguridad el caudal hereditario y lle

var a debido cumplimiento la voluntad del testador, distribuyendo sus bienes en la forma por el ordenada (sentencia de 31 de mayo de 1909) el juicio de testamentaría no se halla establecido por la ley para que dentro de él pueda discutirse y declararse el carácter que pretenda ostentar - quien se conceptúe con el derecho para ello, puesto que su finalidad es solamente la de hacer judicialmente la partición de la herencia de que se trate (sentencia de 30 de junio de 1905); no deben discutirse en él los - pretendidos derechos a una herencia (sentencia de 21 de octubre de 1914) debiendo precederle en el oportuno juicio declarativo la resolución de todas las cuestiones que se refieran a la validez del testamento (sentencia de 8 de noviembre de 1907); su finalidad requiere la existencia de bienes de cualquier clase que éstos sean, no procediendo sí lo que se pretende es traer al haber hereditario bienes que venían poseyéndose por terceras personas desde mucho antes del fallecimiento del causante de la herencia (sentencia de 6 de octubre de 1909); la institución procesal del juicio voluntario de testamentaría responde a la necesidad de determinar judicialmente, en los casos para los que se halla establecido, cuales son los bienes constitutivos de la herencia, y de dividirlos y adjudicarlos (sentencia de 19 de junio de 1950). El objeto y fin propio del juicio es la determinación de los bienes que constituyen la masa hereditaria, y en caso su administración, custodia y su adjudicación a los herederos según la normas testamentarias (sentencia 1º de junio de 1955). No cabe pretender en el juicio de testamentaría la nulidad de la cláusula testamentaria en - que los causantes hicieron uso de las facultades que a los herederos otorga el segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil (sentencia de 17 de octubre de 1960) (267).

La testamentarías pueden ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares, advierte el artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En realidad aquí se emplea el termino "testamentaría" de de juicio de testamentaría, sustantivizando el mismo y subjetivizando la masa hereditaria, a cuya debida liquidación, distribución y adjudicación se atiende en aquel

procedimiento. Igualmente ha de entenderse procedente la declaración de suspensión de pagos o de concurso (268). Según se deduce de la sentencia de 3 de junio de 1891, estas declarafaciones proceden no sólo - atendiendo a las deudas del causante de la testamentaria, sino también de la testamentaría misma. En tales supuesto cesará la tramitación del procedimiento y en adelante habrá de acomodarse la sustanciación a las normas establecidas para los concursos o las quiebras.

Cuando de diagnosticar el carácter o naturaleza del juicio de testamentaría se trata, las opiniones se dividen. HERCE QUEMADA -- cree que, aunque la Ley procesal civil enmarca esta materia dentro - de la jurisdicción contenciosa, los llamados juicios universales sucesorios son verdaderos procedimientos de jurisdicción voluntaria, ya que en ellos se actúa a base de acuerdo de los interesados, pues cuando surge el elemento contradictorio, termina el procedimiento, con invitación a las parte para que acudan a la vía ordinaria (269); GIMENO GAMARRA parece adscribirse al criterio según él - de la mayoría de los autores que le consideran como juicio voluntario (270); para GONZALEZ DELEEI TO los juicios universales de testamentaría abintestato pertenecen a una especie de actos que, aunque impliquen una realidad procesal, no revelan la existencia de contienda (271); cuanto impli que contienda en torno a - las cuestiones verdaderamente fundamentales que en ellos se debaten ha de decidirse en un juicio ordinario con comitante o ulterior, para que - en lo que en él se resuelva se refleje en la ordenación, distribución y división del haber relicto (272). Otros autores parecen apreciar cuantitativamente los rasgos que ogrece propios de la jurisdicción voluntaria sobre aquellos otros característicos de la otra especie jurisdiccional; así MENENDEZ PIDAL (273) afirma que la testamentaría participa más del - carácter y naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria que de los procesos litigiosos. PRIETO CASTRO, insistiendo acerca del carácter

de jurisdicción voluntaria que ha venido asignándose a estos procedimientos hereditarios, aclara que no cabe desconocer los motivos de litigio -- que en ellos pueden surgir a contar de determinados momentos (274).

La cuestión no aparece tan clara como para hacer pronunciamientos signados de rotundidad; pero es, lo cierto, y esto sí cabe constatarlo, que algunos caracteres propios de los actos de jurisdicción voluntaria no cabe acusarlos en el juicio de testamentaría o palidecen tanto que sólo forzosamente puede subrayarse su presencia. El artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala como nota peculiar de los actos de jurisdicción voluntaria el no "estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes", cuando se aboca en una testamentaría, existe cuando menos un enfrentamiento del o de los solicitantes con el resto de herederos, legatarios, cónyuge o acreedores; a quienes se sitúa implícitamente en un plano de adverso; los intereses que laten en el sustratum del trámite se reconoce explícitamente por la Ley que pueden ser distintos en unos y otros actuantes, y las situaciones de "oposición" se prevén ya a lo largo de todo el procedimiento sucesorio, hasta el extremo de que vienen a cristalizar con frecuencia en incidentes que no dejan de estar adscritos a la órbita del juicio de testamentaría y que chocarían -- con el lineamiento simple de los típicos actos de jurisdicción voluntaria -- (275). La contenciosidad a que da lugar, según el artículo 1817, la simple oposición -- aun inmotivada -- de algún interesado no se acusa en el -- juicio de testamentaría; en el mismo -- como pone de manifiesto RODRÍGUEZ AGUILERA hay o puede haber contienda, sin que la parte legítima que se oponga al mismo le quepa la posibilidad de apartarse de él hasta la finalización de todos sus actos procedimentales (276). De ahí que, -- aun sin desconocer la hibridez que muestra en algunos momentos y aspectos, parece que en principio, al menos como constatación de lege data(277), el juicio de testamentaría haya, que encasillarle entre los de carácter -- contencioso; así opina GUASP, lo cual no quiere decir que no haya, relacionadas con él, medidas judiciales de jurisdicción voluntaria, incluso

reguladas en este pasaje (278). Este juicio puede estar salpicado - y de hecho así sucede - de múltiples incidentes que nadie podría calificar como integrantes de un trámite de jurisdicción voluntaria, y menos el posible juicio ordinario a que se refiere el artículo 1088 de la Ley procesal al que la jurisprudencia considera como integrante de la testamentaria y no constituyendo un punto y aparte de la misma (279).

3.2.2. Clases de juicio de testamentaria

A tenor del artículo 1036 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "el juicio de testamentaria podrá ser voluntario y necesario". En los artículos siguientes se definen ambas modalidades; así según el artículo 1037; "será voluntario cuando promueva parte legítima", y "a tenor del artículo 1041, "será necesario el juicio de testamentaria en los casos en que el Juez deba prevenirlo de oficio; "siendo estos casos: "1º Cuando todos o algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representantes legítimos en el lugar del juicio. 2º Cuando los herederos o cualquiera de ellos sean menores o estén incapacitados a no ser que estén representados por sus padres",. Como se puede apreciar, la Ley define la modalidad primera sobre la base de que la puesta en marcha del procedimiento se deba a la iniciativa de un promotor legítimo; en cambio, el juicio necesario viene concebido sobre el presupuesto de concurrencia de alguna circunstancia de ausencia, minoría de edad o incapacidad en algunos de los herederos, con independencia de que su arranque o en una iniciativa ex officio del órgano no judicial. Quiere ello decir que la definición o razón que del juicio voluntario de la Ley es incompleta, ya que el juicio será voluntario cuando: 1º, la promueva parte legítima; 2º, no nos hallemos en ninguno de los supuesto del artículo 1041. De ahí que - el Juez nunca debe prevenir al juicio voluntario de testamentaria y que el juicio necesario pueda iniciarse por solicitud de parte legítima, o bien,

prevenido de oficio, personarse cualquiera de ellas como se concibe en el artículo 1043.

3.2.3. - Juicio voluntario de testamentaria

Definido ya el mismo indicaremos los diversos presupuestos y --trámites que le caracterizán, deteniendonos, como es lógico, en la Junta para designación de administrador contadores y peritos.

3.2.3.1. - Legitimación activa y pasiva.

En cuanto a la legitimación activa diremos que el artículo 1038 señala que "serán parte legítima para promoverlo:

1º. - Cualquiera de los herederos testamentarios.

2º. - El conyuge que sobreviva

3º. - Cualquiera de los legatarios de parte alícuota del caudal.

4º. - Cualquier acreedor, siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito."

En cuanto a la legitimación pasiva teniendo en cuenta que en el procedimiento han de tener oportunidad de hacer acto de presencia, emi--
tiendo juicios sobre cada uno de los puntos en que se les requiera, to--
dos los afectados directamente con la partición, puede decirse, en princi

pio, que están legitimados del lado pasivo todas aquellas personas a -- quienes la Ley les permite adoptar la iniciativa de promoción del juicio. A la vista del artículo 1055, este enunciado vale respecto de los herederos, legatarios de parte alícuota y conyuge sobreviviente; en cambio, los acreedores no han de ser necesariamente traídos al procedimiento, -- pero, dado el reconocimiento que la Ley les permite adoptar la iniciativa de promoción del juicio. A la vista del artículo 1055, este enunciado val respecto de los herederos, legatarios de parte alícuota y cónyge sobreviviente; en cambio, los acreedores no han de ser necesariamente -- traídos al procedimiento, pero, dado el reconocimiento que la Ley les hace de parte legítima para promoverle, en cualquier momento pueden solicitar su admisión e incorporarse al trámite de la testamentaría.

3.2.3.2. Señalamiento de reglas especiales por el testador

La voluntad del testador se viene repitiendo que es Ley de la sucesión; y si esto vale en el orden sustantivo, también la Ley procesal, hasta donde su naturaleza pública le permite, se hace eco de este respecto a las orientaciones y directrices del finado. De ahí que el artículo 1046 antes de penetrar en la desmenuzada regulación del procedimiento, advierte que si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en la Ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Más así como la prescripción prohibitiva a que se refiere el artículo 1039 no afectaba a los herederos forzosos, esta previsión específica del testados si les vincula "siempre que no resulte perjudicados o gravados en sus legítimas".

3.2.3.3. - Iniciación y fase previa del procedimiento.

Vamos a referirnos a la serie de actuaciones que ponen en marcha el procedimiento y que vienen a preparar la labor nuclear o básica del mismo, proveyendo a la precisión y custodia y conservación del caudal, que es lo que más nos interesa para nuestra trabajo, así como a la designación de aquellas personas que han de encargar los cargos decisivos para la realización última de las operaciones divisorias y de distribución a que se pretende.

3.2.3.3.1.- Solicitud, ratificación y citación de los interesados.

A la solicitud promoviendo el juicio de testamentaria (280) deberá acompañarse, según el artículo 1054 el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate, y no siendo esto posible, otro documento o prueba que la acredite, y el testamento del finado. Creemos, de acuerdo con SOTO NIETO (281) que conviene hacer las siguientes puntualizaciones: 1ª. - La dificultad de presentación del certificado de defunción no --exime de hacerlo en un estadio ulterior, pues el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos, y sólo en los casos de falta de inscripcción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto se habrá de insta la inscripción omitida (282); 2ª. - debe acompañarse, asimismo, la certificación del Registro de última voluntades acreditativo de que el testamento - presentado es el único o último registrado (283); 3ª según Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 26 de septiembre de 1904 y - 30 de junio de 1910, las causas que pueden traer aparejada la nulidad de un testamento son de índole tan especial, que generalmente no puede estimarse a priori que este sea nulo, ya que, aun de existir defectos que

entrañen la nulidad, podría subsistir si los interesados aceptaran el testamento o convienen en respetarlo, cual si lo adornaran todos los requisitos legales; ahora bien, de existir constancia de contradicción entre los interesados, no habrá lugar a prevenir y tramitar el juicio voluntario de testamentaria, según sostiene la sentencia de 8 de noviembre de 1907, ya que debe precederle el juicio declarativo para la resolución de todas las cuestiones que se refieran a la validez del título esencial para la división, como es el testamento, ya por sí sólo, ya con relación a otros que el testador hubiera otorgado; 4ª tratándose de ausentes en paradero ignorado, no basta la presunción de muerte sino que se precisa la firmeza de la declaración de fallecimiento, única que permite la apertura del juicio de testamentaria conforme al artículo 196 del Código Civil; 5ª al promover el juicio, los herederos podrán pedir al término legal para deliberar o manifestar que aceptan la herencia a beneficio de inventario, según el artículo 1052 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (284).

Siendo parte legítima quien promueva el juicio y cumplidos los requisitos expresados, mandará el Juez que se ratifique en la solicitud deducida a su nombre. Hecha la ratificación, dando curso a la solicitud (285), habrá de procederse a la citación en forma de los herederos, legatarios de parte alícuota y conyuge sobreviviente, si los hubiere (286), y, en su caso de los acreedores que hayan promovido el juicio; todo ello según dispone el artículo 1055.

De suma importancia es la correcta práctica de las citaciones que manda la Ley para la adecuada constitución del juicio de testamentaria sin que pueda ofrecer algún flanco de vulnerabilidad que más tarde dé al traste con las laboriosas operaciones divisorias. Por ello varios artículos de la Ley 1056 y 1060 - tienden a la minuciosa regulación de estos aspectos procesales.

3.2.3.3.2.- Intervención del caudal.

Existen supuesto en que interesa y es práctica la adopción de medidas tendentes a evitar toda distracción del caudal hereditario. Por ello, según el artículo 1061, si el que haya promovido el juicio solicitase oportunamente la intervención del caudal, se decretará por el Juez practicándose las diligencias prevenidas en el artículo 959 de la manera menos vejatoria posible. No es necesidad que esta pretensión vaya insinuada en el escrito de demanda, sino que puede subseguir al mismo con tal que se formule antes de dar principio a los inventarios y, en todo caso antes de los treinta días siguientes a la muerte del testador o de haberse tenido noticia de su fallecimiento.

Las medidas a adoptar son las típicas de prevención de los abintestatos, dejando en lugares seguros, cerrados y sellados los bienes, - papeles, libros y efectos susceptibles de sustracción u ocultación, depositando en persona abonada, bajo la responsabilidad del Juez y mediante inventario, aquellos a cuya conservación o mantenimiento se deba atender, adoptando, respecto a créditos, fincas, rentas y productos recogidos o pendiente las providencias y precauciones necesarias para evitar abusos y fraudes. En este trámite procede excluir de la intervención aquellos bienes que conocidamente son de la pertenencia de otra persona, según declara la sentencia de 6 de abril de 1907.

3.2.3.3.3.- Práctica del inventario judicial

En principio parece que la primera providencia a adoptar por -

el Juez, tras la práctica de las citaciones, ha de ser aquella en que mande la formación del inventario, según se desprende del orden de colocación de los artículos 1063 a 1067 y del inicial enunciado del artículo 1068. Pero MANRESA observa agudamente que, aunque esa sea la norma general, no ha inconveniente en que inste la anticipación de la junta que ordena dicho artículo, como indirectamente reconoce el artículo 1771, lo que permitirá que, al efectuarse el inventario, haya ya administrador que se encargue definitivamente de los bienes.

Para hacer los inventarios judiciales se dará comisión al actuario, sin perjuicio de que el juez pueda concurrir a su formación en todo o en parte cuando lo solicite alguno de los interesados y él lo considere necesario.

Dentro de los ocho días siguientes al en que se haya mandado formar judicialmente el inventario, deberá principiarlo el actuario, señalando día y hora, que hará saber a los interesados al citarlos para esta operación. Deberá ser citados para la formación del inventario: 1º, los herederos o sus legítimos representantes que se hallaren en el lugar del juicio o se hubieren presionado en los autos; y por los ausentes, si los hubiere, el Ministerio Fiscal; 2º, el conyuge sobreviviente o su representación legítima; 3º los legatarios de parte alcuota; 4º los acreedores que hubiere promovido al juicio o hayan sido admitidos en él como parte legítima. Así rezan los artículos 1063 a 1065 de la Ley.

Tales con las garantías de que trata la Ley de revestir el acto, indudablemente transcendente para la testamentaría al tender a dar posesión al contenido del haber hereditario. De ahí que ha de procurarse evitar, con verdadera atención y esmero, tanto la inclusión de bienes que claramente se aprecie no deben formar parte del inventario, como el dejar fuera aquellos otros que razonablemente quepa estimar -

integrantes del patrimonio del testador, ante simples manifestaciones de oposición. No obstante, los problemas en este particular pueden ofrecerse arduos y difíciles cuando la testamentaría está distanciada en el tiempo del óbito del causante y los bienes poseídos por diversas personas. Como escribe PLAZA el juzgado habrá de resolver la exclusión o inclusión de bienes, sin que su decisión, que por lo expuesto debe ser meditada, cierre el camino al juicio separado y ulterior, en que se decida, definitivamente la procedencia o improcedencia del acuerdo (287).

El inventario de una herencia - precisa la sentenciada 15 de enero de 1883 - ha de ser la descripción de los bienes y derechos que a la misma correspondan en el estado que tenían a la muerte de aquel. La frase "bienes de la herencia" empleada por el artículo 1066 - dice la sentencia de 10 de diciembre de 1901 - ha de entenderse en su sentido más genérico y comprensiva de todos aquellos que por la naturaleza y fines del juicio deban ser tenidos en cuenta para los efectos de las liquidaciones de las testamentarías.

Practicadas las citaciones oportunas, se dará principio al inventario del día y hora señalados, concurran o no los interesados; el mismo, según establecen los artículos 1066 y 1067, contendrá la descripción de los bienes de la herencia por el orden siguiente: 1º metálico; 2º. - Efectos públicos. - 3º. - Alhajas; 4º Semovientes; 5º Frutos; 6º Muebles; 7º. - Inmuebles; 8º. - Derechos y acciones. Todo se expresará en las diligencias que se extiendan, con la claridad y precisión conveniente; y si el inventario no se pudiere terminar en el día señalado se continuará en los siguientes. Se formará además con igual precisión, inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentran.

. Si el inventario se practica, como será lo más frecuente, antes

del nombramiento del administrador quedarán los bienes al cuidado de las personas que los tuvieren, haciéndoles responsables de ello; si bien respecto del metálico, efectos públicos y alhajas deberán adoptarse los acuerdos convenientes, depositando los primeros en los establecimientos destinados al efecto y velando por la seguridad de las alhajas.

La jurisprudencia, en supuestos concretos sometidos a su examen, ha tenido ocasión de puntualizar que es válido el inventario, aunque por su pequeña cuantía se incluyan y valoren en una sola partida de muebles (sentencia de 11 de julio de 1887); deben incluirse las alhajas que el marido regaló a su mujer, siempre que ésta no justifique la causa de su desaparición (sentencia de 11 de diciembre de 1890); fué también decretada la exclusión en el inventario de la mitad de las fincas que poseía el causante, en proindiviso con su hija, procedentes de los gananciales habidos por aquel en su primer matrimonio (sentencia de 21 de enero de 1910). El inventario como base de la liquidación de la herencia pero acto distinto de ella, tiene forzosamente que comprender los bienes privativos del difunto, todos lo que pueden constituir la sociedad de gananciales y hasta las aportaciones de la mujer como dote estimada, como base para que más tarde en el acto distinto de liquidación de la sociedad conyugal, partición de la herencia y adjudicación a cada uno de los herederos de los bienes que le corresponden puedan conocerse y determinarse la condición jurídica de los bienes sobre los que ha de operar la liquidación y partición (sentencia de 12 de junio de 1955).

3.2.3.3.4. - Junta para designación de administrador, contadores y peritos.

Practicadas las diligencias que han quedado expuestas, llega-

mos a una fase trascendente en el curso del juicio de testamentaría, en cuanto hay que proceder al nombramiento de las personas que han de desempeñar cargos claves en el procedimiento; propiamente se trata de un período de la partición, subsiguiente al inicial que tendió a la precisión y aseguramiento de los bienes integrantes del haber relicto. Esta fase escribe PLAZA - está caracterizada ante todo por el respecto a la voluntad del testador, lo que es lógico, puesto que de cumplirla se trata; cuando no se expresó, el acuerdo de los interesados prevalece, aun que con ciertas limitaciones, sólo en último término decide la autoridad judicial, y muchas veces teniendo que atenerse a normas preestablecidas (288).

El Trámite procesal subsiguiente es, pues, la convocatoria de todos los interesados a la junta, en la que han de ponerse de acuerdo sobre la administración del caudal, su custodia y conservación, así como respecto a la designación de contadores y peritos para la práctica, de operaciones divisorias y avalúo, respectivamente; así lo viene a indicar los artículos 1068, 1070 y 1071. Esta junta habrá de celebrarse dentro de los ocho días siguientes a la providencia en que el Juez disponga su convocatoria. Las partes pueden acudir personalmente o por medio de sus procuradores, pudiendo asistir igualmente sus letrados.

En lo que concierne al nombramiento de administrador y a la forma de verificar la administración del caudal, su custodia y conservación, que es lo que a nosotros más nos interesa, en primer término, - se atenderá a la voluntad del testador y a las previsiones adoptadas - por el mismo a este respecto, como destaca el artículo 1096, con tal de que las mismas no supongan un gravamen o perjuicio para la legítima de los herederos forzosos. Inexistente toda disposición específica del causante, la voluntad de los interesados decidirá sobre el particular en el entendimiento de que, según se deduce del texto legal, el acuerdo ha de ser unánime, sin disidencias, no bastando un criterio mayoritario. No obtenida aquella unanimidad o cuando hayan dejado de concu-

rrir los interesados a la junta, el juez proveerá de acuerdo con el artículo 1069:

1ª). - El metálico y efectos públicos se depositarán en el establecimiento público destinado al efecto.

2ª). - Las alhajas, muebles, semovientes y frutos, recolectados se pondrán en depósitos, exigiéndose las seguridades convenientes al depositario.

3ª) Se nombrará administrador al viudo o viuda, y en su defecto al interesado que tuviere mayor parte en la herencia, si reúne, a juicio del juez, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo.

4ª). - Si no concurriera esta circunstancia en quien tuviere la mayor parte de la herencia o fuese igual la partición de todos los interesados o de alguno de ellos, podrá el juez nombrar a cualquiera de éstos o a un extraño.

5ª). - Cualquiera que fuera el administrador, deberá prestar fianza bastante a responder de lo que perciba en bienes muebles y de la renta de un año de los inmuebles, si los interesados de común acuerdo, no le dispensaren de hacerlo. (289).

6ª). - No habiendo acerca de esto conformidad, la fianza será proporcionada al interés en el caudal de los que no otorguen su relevación (290).

La Administración de la testamentaria, salvando las disposiciones del testador, se regirá por las reglas establecidas para la de los abintestatos en la sección cuarta del título IX de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyas disposiciones será aplicables, excepto la del artículo -

1008. Las funciones más características del administrador son aquellas tendentes a la conservación de los bienes, percibo de las rentas y demás productos, etc. Según el artículo 1098, el administrador de la testamentaria sólo tendrá la representación de la misma en lo que se relacione directamente con la administración del caudal, su custodia y conservación y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo conducente para ello (291), ejercitando las acciones, que proceda; de este precepto y de la exclusión del dictado del artículo 1008 se colige la limitación de personalidad reconocida al administrador de la testamentaria en orden a la representación hereditaria, no estando facultado para el ejercicio de cualesquiera acciones, sino tan solo de aquellas intimamente ligadas a su deberes de administración (292), salvo la hipótesis especial prevista en el artículo 1026 del Código Civil.

Designado el administrador, habrá de formar la oportuna pieza separada de administración, haciéndose constar la aceptación del nombrado y la prestación, en su caso, de la fianza, pieza en la que se actuará todo lo referente a la administración teniéndose en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 1005 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando esté intervenido el caudal - dice el artículo 1099 - al acto de abrir la correspondencia, que según el artículo 969 deberá verificarse a presencia del administrador, podrán concurrir los herederos, el Juez mandará, pues, que se haga saber a los herederos el día y hora que se señale para la aludida diligencia; como la asistencia de los mismos es potestativa, la apertura se llevará a efecto sea cualquiera el número de asistentes. El Juez abrirá la correspondencia en presencia del administrador, herederos y actuario, y adoptará las medidas que su resultado exija, para la seguridad de los bienes. Entregará al administrador la que tenga relación con el caudal, quedando en los autos nota o testimonio de ella, según lo estime oportuno, atendida su importancia; y

dejará la restante en poder del actuario, para darle en su día el destino correspondiente.

Otra disposición específica de la administración en los juicios de testamentaría viene representada por la contenida en el artículo 1100, según el cual, a instancia de los interesados, el Juez podrá mandar que de los productos de la administración se entregue por vía de alimentos a los herederos y legatarios y al cónyuge sobreviviente, hasta la cantidad que respectivamente pueda corresponderle como renta líquida de los bienes a que tenga derecho. El juez fijará la cantidad y los plazos en que el administrador haya de hacer las entregas. Podemos enumerar las siguientes notas interpretativas:

1ª. - Se trata de una medida rogada que el juez no puede adoptar de oficio sin una previa solicitud de los interesados - herederos, legatarios, conyuge -, sin que se precise la petición conjunta de todos - ellos.

2ª. - Cuando se inste por alguno o algunos de tales interesados, el juez debe prestar audiencia a los restantes, bien concediéndoles un -- breve plazo para que manifiesten lo que estimen conveniente, bien convocándoles a una comparecencia semejante a las previstas en los artículos 1017 y 1031.

3ª. - Antes de resolver el juez, debe prestar atención especial - a los autos y pieza de administración, al objeto, de quedar impuesto de la participación que los interesados puedan tener en la distribución del caudal, renta líquida que el mismo proporcione y atenciones preferentes a que aquella haya de aplicarse, para a la vista de todo ello resolver - con equidad lo que proceda; pero sin que pueda entenderse que goza de una facultad absoluta para negarlos, cuando sea notorio el derecho de los reclamantes y establecida por la Ley la distribución equitativa para cubrir

necesidades perentorias (sentencia de 6 de febrero de 1890), pues concurriendo la calidad de heredero del testador tiene indisputable derecho a participar de sus productos líquidos en proporción al haber que en su día pueda corresponderle, interin que la herencia permanezca indivisa (sentencia 16 de enero de 1892).

4º.- En lo concerniente a la cuantía a asignar su fijación es -- potestativa, con tal que la expresada cantidad no exceda del límite con-- signado en el artículo ni deje de ser proporcionada a los productos del -- haber hereditario (sentencia 7 de mayo de 1886), y por consiguiente, dentro de este límite, el más o el menos no puede contituir infracción (sentencia de 26 de marzo de 1888), correspondiendo al prudente arbitrio del juzgador (sentencia de 2 de diciembre de 1913, 19 de junio de 1929 y 8 de enero de 1948) y caso de que la cantidad asignada resultare superior a la que el interesado pudiera corresponderle, habría de reintegrarla éste al hacerse la liquidación del caudal (sentencia de 30 de diciembre de 1885 y 24 de diciembre de 1888).

5º.- No se opone al derecho de los herederos la circunstancia de hallarse el caudal relicto intervenido y administrado judicialmente -- fuera del juicio de testamentaría, porque atendido el objeto de los juicios acumulados en que la intervención se acordó y la administración se estableció, que fue el de liquidar sociedades familiares en interés de las mismas personas que figuran en la testamentaría, es evidente que el caudal relicto ha de reputarse común a las tres sucesiones de que se trata, interin no se divida (sentencia de 16 de enero de 1892).

6º.- El artículo 1430 del Código Civil, dentro de los preceptos consagrados a la liquidación de la sociedad de gananciales, también establece que de la masa común de bienes se darán alimentos al conyuge sobrevivientes y a sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventa

riado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste en la parte en que excedan de lo que les hubiere correspondido por razón de frutos o rentas; sosteniéndose en la sentencia de 30 de enero de 1907 que para que tenga aplicación el artículo 1430 del Código Civil deberá - hacerse la reclamación de alimentos provisionales en favor del cónyuge viudo, a que dicho artículo se refiere, en el correspondiente juicio de testamentaría, en el que constando la cuantía del caudal hereditario, las aportaciones del cónyuge reclamante y la parte alícuota que deba corresponderle, el juez podrá designar la cantidad que haya de abonársele - por razón de alimentos, sin perjuicio de las rebajas que en caso procedan; aclarando a continuación la posibilidad de deducir la solicitud conforme al título XVIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien justificándose por el viudo que pretende los alimentos aquellos extremos, criterio que sustentan las sentencias de 7 de julio de 1948 y 26 de enero de 1961, al concluir que, siendo el demandante hijo de los causantes de las herencias y accionando al amparo del artículo 1430 del Código Civil, no se precisa la incoación del juicio universal de testamentaría y es adecuado el procedimiento de los artículos 1609 y siguientes.

7º.- El juez resolverá por medio de auto lo que proceda, el -- cual es apelable en ambos efectos, por lo que, de interponerse recurso, corresponde a las audiencias en segunda instancia el conocimiento del asunto en toda su extensión, teniendo las mismas facultades del juez (sentencias de 30 de diciembre de 1885, 7 de mayo 1886, 26 de marzo de 1888 y 6 de febrero de 1890).

El nombramiento de uno o más contadores será también objeto principal de la misma junta convocada, tras haberse resuelto sobre la administración. De los artículos 1070, 1072, y 1073 se deducen las siguientes normas a tener en cuenta:

1º.- Conforme a los artículo 1057 del Código Civil y 1046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de haberse efectuado designación de conta--

dor o contadores por el testador, la misma gozará de preferencia absoluta, quedando excluída la participación de los interesados (293).

2º.- Fuera de esta previsión testamentaria, prevalecerá, en primer término, el acuerdo unánime de los interesados, que podrán designar los contadores que estimen oportuno, aunque será conveniente - hacerlo siempre en número impar en evitación de conflicto por falta de obtención de mayoría.

3º.- De no alcanzarse esta coincidencia entre los concursantes, cada parte o grupo de partes que tengan idéntico interés en la testamentaria designará un contador, y sea cualquiera el número de los elegidos, habrá de nombrarse un contador dirimente, que habrá de ser letrado (294), para lo cual se intentará el acuerdo de todos, y, de no conseguirse, se observará para su designación lo prevenido en los artículos 616 al 625 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea, mediante insaculación por el Juez en el mismo acto de los nombres de tres, por lo menos, y si no hubiere dicho número de letrados en ejercicio, quedando a la elección de aquel la designación del contador dirimente.

4º.- Cada grupo de partes que tengan idéntico interés deben nombrar un sólo contador, no permitiendo el juez que se multipliquen las designaciones, y si no se logra para ello la deseada unanimidad, se hará la elección - dentro de los límites personales representados por el grupo - merced al sistema expuesto para el dirimente.

5º.- Las posturas de abstencionismo las salva la Ley, estableciendo que si alguno de los concurrentes se negare a nombrar contador, se le tendrá por conforme con la designación que hicieren los otros interesados (artículo 1072) debiendo parangonarse a dicha negativa la inasistencia a la junta.

Aunque la figura del contador viene, frecuentemente, asentándose sobre la ideal del "mandato" en realidad el hecho de su designación - en el marco de un proceso público, instituido con una finalidad de interés general, le aleja de la estricta adscripción a la función del mandatario; como destaca la sentencia de 18 de diciembre de 1963, ejerce una función pública no sujeta a otra norma que a las que tenga su origen en la Ley, en relación con la voluntad del testado reflejada en las disposiciones testamentarias.

También el nombramiento de peritos precisos para el avalúo de los bienes, de los cuales, habrá de valerse los contadores, tendrá que ser objeto de acuerdo por los concurrentes a la Junta, según dispone - el artículo 1071, De dicho artículo, puesto en relación con los siguientes, 1072 y 1073 de la propia Ley, se deduce:

1º.- Que los asistentes a la junta pueden nombrar los peritos que consideren conveniente, uno o varios, con tal que haya unanimidad en el acuerdo; 2º Faltando esta deseable y prevalente coincidencia, regirán las mismas reglas antes expuestas para los contadores, si bien - el nombramiento de perito dirimente viene concedido en el artículo 1073 para el supuesto de discordancia entre los peritos actuantes sobre el --avalúo; 3º En vez de verificar la designación los asistentes a la junta, pueden facultar a los contadores para elegir uno o varios peritos de común acuerdo y para designar cada cual el suyo, si el acuerdo no fuere - posible.

Glosando estos preceptos, la jurisprudencia ha precisado que las personas prácticas nombradas para realizar el avalúo lo son legalmente, al no existir peritos que pagaran contribución, requisito necesario, para que pudieran desempeñar sus funciones (sentencia de 4 de mayo de 1982); si los interesados no se cuidaron de hacer la designación -

de peritos en la forma que este artículo prescribe, no evidenciando que los bienes valgan más o menos del precio que se les asigna por los contadores, estuvo bien estimada la tasación por ellos dada, y el avalúo no es nulo por defectos imputables a los interesados (sentencia 26 de junio de 1907).

Hechos los nombramientos a que nos hemos referido, el juez acordará la notificación a los designados para pongan de manifiesto su aceptación, a partir de cuyo momento quedan vinculados al desempeño de la misión encomendada. Por el contrario, si no aceptaren será preciso proceder a la elección o nombramiento de los que les sustituyan, no siendo preciso celebración de nueva Junta más que cuando se tratare de contador o perito de elección conjunta y acorde; pues si hubiese sido designado por grupo de interesados comunes o por alguno de los mismos, tan sólo aquellos o éste habrán de ser convocados por el juez a la nueva comparecencia. Caso de haber intervenido insaculación, se retirará la misma, con citación de los interesados para el nuevo acto.

Después, el juicio voluntario de testamentaría continúa con la fase central o divisoria del caudal relicto y la fase final o aprobatorias de las operaciones divisorias, pero que no vamos a estudiar aquí por no ser objeto específico de nuestro trabajo, aunque sí queremos terminar con una breve alusión al juicio necesario de testamentaria.

3.2.4.- Juicio necesario de testamentaría.

El juicio necesario de testamentaria, a juzgar por los términos del artículo 1041, viene concebido sobre la base de concurrencia de alguna de estas circunstancias.

1º.- Cuando todos o algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio .

2º.- Cuando los herederos o cualquiera de ellos sean menores o estén incapacitados, a no ser que esté representados por su padres. En estos casos el juez debe prevenir de oficio dicho juicio testamentario. Ahora bien, ello es sin perjuicio, claro es, de que algún interesado inste su iniciación, solicitando la promoción de la testamentaria; pero ello, a nuestro juicio, no le priva del carácter de necesario, pues, no es abandono de toda iniciativa privada lo que viene a definir su esencia, sino - las circunstancias personales de alguno o algunos de los en él afectado - (295).

En definitiva, el trámite del juicio necesario está calcado sobre el correspondiente al voluntario, sin más especialidades o características que las apuntadas en los artículos 1042 a 1044 y 1095 de la Ley; las garantías que estos preceptos ofrecen y pretenden no pueden estimarse desplazadas por el simple hecho de que algún coheredero, legatario u acreedor acuda al órgano judicial para dar vida al procedimiento que nos ocupa. (296).

Según la sentencia de 8 de mayo de 1890, si bien uno de los casos en que se debe prevenir de oficio el juicio necesario es cuando los herederos o cualquiera de ellos sean menores; no es tan absoluto y de tan rigurosa aplicación este precepto que excluya a los menores de la facultad de promover e intervenir en el juicio voluntario, aunque no se hallen representados por el padre, como se desprende del artículo 1056 que les reconoce esta intervención. Parece esta sentencia hacer sinónimo juicio necesario con procedimiento en que ninguna solicitud particular existe al respecto; pero más adelante reconoce la sustancia del juicio necesario al

que, aun mediando iniciativa privada, ofrece entre sus elementos personales directamente interesados alguno de los enumerados en el artículo - 1941, ya que alude expresamente al contenido del artículo 1095 y a su - debida observancia, así como a la ulterior acomodación del juicio necesario a los trámites establecidos para el voluntario con ciertas modificaciones. Obsérvese que el artículo 1034 sólo concibe el cese de la intervención judicial para el supuesto de ausentes que comparezcan ulteriormente en forma.

Pese a la circunstancia de minoría de edad o incapacidad de los herederos, no procederá el juicio necesario: 1º cuando los menores o - incapacitados estén representados por sus padres; 2º, cuando el testador lo haya prohibido expresamente, siempre que haya nombrado una o más personas, facultándolas para que con el carácter de albacea, contadores o cualquier otro practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria (artículo 1044 y 1045).

Lo más característico del juicio necesario de testamentaria es la obligación de prevención de oficio que impone el artículo 1042 a cualquiera de los jueces expresados en la regla 5ª del artículo 63, practicando las diligencias indicadas en dicha regla y en el artículo 959. Ahora bien, si medió prohibición expresa del testador, si se hubieren incoado estas diligencias preventivas, se sobreseerá en ellas luego que con - la copia del testamento se acredite dicha prohibición.

Según el artículo 1043, en el caso 1º del artículo 1041 - supuesto de herederos ausentes -, luego que comparezcan los parientes por sí o por medio de representantes legítimos, se les hará entrega de los bienes y efectos pertenecientes al finado, cesando la intervención judicial a no ser que la solicite, alguno de los que sean parte legítima para - promover el juicio voluntario. El precepto es lógico en su doble previsión; si las medidas llevadas a efecto tenían por objeto en su doble pre

visión; si las medidas llevadas a efecto tenían por objeto salvaguardar el interés del ausente, personado el mismo huelga toda tutela de oficio; la actuación judicial proseguirá ya en trámites de juicio voluntario si alguna de las personas legitimadas conforme al artículo 1038 para promover el mismo así lo insta (297).

Practicadas las diligencias necesarias para la seguridad de los bienes, libros y papeles a que se refiere el artículo 1042, se acomodará este juicio a los trámites establecidos para el voluntario, con las modificaciones siguientes:

1ª.- Los inventarios se formará judicialmente, es decir, ateniéndose a las reglas contenidas en los artículos 1063 a 1067, sin que sea factible la posibilidad de su realización extrajudicial por los contadores, como previene el artículo 1074 para la testamentaria voluntaria.

2ª.- Los bienes se constituirán siempre en depósito, sin que pueda adoptarse acuerdo alguno en contrario. En la junta a celebrar conforme al artículo 1068, para que los interesados se pongan de acuerdo sobre la administración del caudal, su custodia y conservación, habrá de tenerse en cuenta esta regla, sin perjuicio de observancia de las previsiones particulares del testador, siempre preferentes conforme al artículo 1096.

3ª.- El administrador dará fianza bastante a responder de lo que administre, Si le hubiere relevado de ella los interesados que sean mayores de edad, será proporcionada a la participación que tengan en la herencia los menores, incapacitados o ausentes, sin que en ningún caso pueda dispensarles de esta obligación. Conforme a la regla 5ª del artículo 1069, en el juicio voluntario, cualquiera que fuera el administrador, deberá prestar fianza bastante a responder de lo que perciba en bienes muebles y de la renta de un año de los inmuebles, si los interesa--

dos de común acuerdo, no lo dispensasen de hacerlo. En el juicio necesario de relevación nunca puede alcanzar al interés de los menores, incapacitados o ausentes.

En el juicio necesario, después de haberse practicado judicialmente el inventario y depósito de los bienes, pueden los interesados separarse de su seguimiento para hacer extrajudicialmente las demás operaciones de la testamentaria. Más la intervención judicial no cesará hasta - que estén practicadas todas las medidas especiales antes consignadas. En este caso, no pondrá el juez los bienes a disposición de los herederos - hasta después de aprobadas las particiones. Así según los artículos 1048 y 1095 párrafo último.

NOTAS

- 182.- PLANIOL Y RIPERT.- "Tratado práctico de derecho civil francés"
Trad. española. La Habana 1927, I Pág. 291.
- 183.- GITRAMA: La Administración de la Herencia.- ob. cit. pág. 19
- 184.- Ver este trabajo pags.
- 185.- SANCHEZ ROMAN, F.- Estudios de Derecho Civil, T.VI, vol.I -
pag. 13.- Madrid 1910.
- 186.- POLACCO, VITTORIO.- Deble successioni. Roma 1928, T-I pag.17
- 187.- ROBLES GARZON, J. A.- "La quiebra de la herencia".- ob. cit.
pág. 11
- 188.- VON THURT: "Drecho Civil Aleman".- Trad. Esp. RAVA, B. A. --
1946, vol. I pág. 395.
- 189.- FERRARA: Trattato " Toma, 1921, Vol I pág. 865.
- 190.- En gran número de casos estos derechos de familia no son más que
"poderes anejos a funciones sociales" con un gran contenido de de
deber, más que de derecho. No deben de confundirse los derechos
de la persona en cuanto tal con los derechos personalísimos ya que
si bien los primeros por derivar del derecho natural y recibir su -
sanción por las leyes penales son simpre personalísimos. Existen -
otros derechos de esta índole (v.g.derecho de autor), que tienen -
un contenido económico y son, por ende, patrimoniales.
- 191.- CARRERAS.- "El Embargo..." ob. cit. pág. 152.
- 192.- Véase sobre la diversidad de matices que existen dentro de esta orien
tación el estudio de CASTAN TOBEÑAS " La teoría del patrimonio"
en Rev. Real Ac. de J. y L. pág. 370.
- 193.- BARASSI.- "Instituciones de Derecho Civil ".- Ed. en español, Bar
celona 1955, Vol. I, pág. 370.
- 194.- CASTAN TOBEÑAS.- " Derecho Civil " ob. cit. Tomo I, vol. II pág
581.
- 195.- SANCHEZ ROMAN, F.- Estudios de Derecho Civil.- T-VI, Vol 1º -
pág. 13.- Madrid 1910.

- 196.- GITRAMA.- " La administración de la herencia....." ob. cit. pag. 22
- 197.- Voz Administrador en "Nueva Enciclopedia jurídica " Tomo II pág 392.
- 198.- GITRAMA.- " La Administracion de la Herencia.- ob.cit, pag. 146.
- 199.- CASTAN TOBEÑAS.- Rev. Der. Priva. T-XVII, 1930, pág. 228.
- 200.- ROCA SASTRE.- Estudio T-II pág. 405.
- 201.- Ver este mismo trabajo pág. 215 y ss.
- 202.- Señala ALBADALEJO (Instituciones de Derecho Civil, Barcelona - 1960, T-I, pág. 437) que " el mandato es un contrato (negocio bilateral), obligatorio iner partes, en virtud del cual el mandatario se compromete a realizar una actividad por cuenta del mandante, pero sin que pueda obrar en nombre de éste; mientras que la representación, con facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge con un negocio unilateral - apoderamiento - (o de ley) - procedente del representado, pero el representante ni tiene que aceptar el nombramiento ni resulta obligado a nada como consecuencia de - serlo.
- 203.- GITRAMA.- La administración de la Herencia.- Ob. cit. pág. 167. No olvidemos las atinadas sugerencias de GUTIERREZ DE CABIADES: " La excepción dilatoria de falta de carácter", en Estudios Pamplona 1974, pág. 248-249, en especial nota, 4 idem, Rev. D. Procesal 1968 pág. 121 y siguientes.
- 204.- COLLIN - CAPITANT.- " Curso elemental de Derecho Civil" Tomo VIII, pág. 87
- 205.- ALCALA ZAMORA.- Anotaciones al Derecho Procesal Civil de GOLDSCHMIDT, trad. PRIETO CASTRO.- Barcelona 1936, pág. 116.
- 206.- GOMEZ ORBANEJA.- Legitimación y sustitución Revista del Colegio Notarial, Barcelona 1947, pág. 28.
- 207.- CHIOVENDA.- Principio, Madrid, pág. 93.
- 208.- GUASP.- Derecho..... ob. cit. pág. 186.
- 209.- PUIG PEÑA.- Tratado de Derecho Civil, T-IV, 2º pág. 330.
- 210.- MANRESA - DAGO SAIZ - MOLINUEVO JUNOY.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 1952. Instituto Editorial Reus, Tomo I pág. 47.

- 211.- MUCIUS SCEVOLA.- Ob. cit. tomo XV pág. 451.
- 212.- PEREZ GONZALEZ Y ALGUER.- Notas a ENNECCERUS - LEHMANN - T - II pág. 335.
- 213.- VIÑAS MEY: El derecho de retención " R.D. P. 1923 pág. 8 .
- 214.- CASTAN: Derecho Civil español, común y ofral. Madrid 1954. Instituto Editorial Reus, T-III pág. 442.
- 215.- Entendió la resolución 25 de octubre 1932 que al estar facultado - el administrador para realizar toda clase de cobros, es indudable que lo está también para extender recibos y cartas de pago de las cantidades recibidas.
- 216.- GITRAMA.- " La administración..... ob. cit. pág. 232 .
- 217.- PUIG FERRIOL, L. " El albaceazgo".- Bosch, Casa Editorial.- Barcelona 1967, pág. 158.
- 218.- TARRIO.- " Depositos indistintos " en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1927, pág. 811.
- 219.- Estableció sentencia de 18 de marzo de 1897 que el administrador está facultado para abonar los créditos hipotecarios contraídos por el testador.
- 220.- Entendió la sentencia de 25 de junio de 1912 que " si el endosante, cuyos derechos y obligaciones representa su testamento recurrente, hizo consta al suscribir un pagaré que según el artículo 532 del Código de Comercio, en defecto de pago puntual se declaraba deudor solidario con expresa renuncia al beneficio de excusión en los bienes del firmante anterior, no infringe dicho artículo la Sala que condena a dicho administrador al pago de la cantidad objeto del pagaré.
- 221.- RAMIREZ: La quiebra " Barcelona 1959, Bosch. Casa Editorial Tomo III pág. 719.
- 222.- Ver esta tesis pág. 215 y ss.
- 223.- CICU.- "Derecho de Sucesiones (parte general)" , pág. 473.
- 224.- En este sentido MANRESA " Xomentario C.C. T-VI pág. 460.
- 225.- PUIG FERRIOL: "El Albaceazgo". ob. cit. pág. 172.
- 226.- GUASP.- " Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil T-I, Madrid, 1953, pág. 102.
- 227.- GITRAMA.- La Administración.....
ob. cit. pág. 214.

- 228.- SERRANO Y SERRANO.- La ausencia en Derecho español", pág. 225 y 226.- Madrid 1943.
- 229.- ROBLES Y GARZON.- La quiebra de la herencia.- ob. cit. pág. 84.
- 230.- NATOLI.- "L' amministrazione dei beni ereditari ".- Milano - 1947-49.- I pág. 242.
- 231.- MUCIUS SCAEVOLA.- Ob. cit. T-XV, pág. 414, quien cita en apoyo de su tesis una antigua sentencia de 8 de noviembre de 1859. En el mismo sentido véase también GATTI, ob. cit. pág - 263.
- 232.- GUASP.- Derecho procesal Civil.- Instituto de Estudios Políticos. ob. cit. pág. 199
- 233.- GUASP.- Ob. cit. pág. 201.
- 234.- Acerca de la distinción entre falta de personalidad y falta de acción véase PLAZA. Derecho procesal Civil español, Madrid 1951 -1955.- Editorial Revista de Derecho Privado T) I pág. 131.
- 235.- GUASP.- ob. cit. pág. 184.
- 236.- PLAZA.- ob. cit. T-I pág. 301.
- 237.- Así se desprende de la obra "El albaceazgo " de PUIG FERRIOL Ob. cit. pag. 230.
- 238.- Ver GUASP, ob. cit. pág. 202.
- 239.- GUASP.- en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.- Madrid 1948.- M. Aguilar T-I pág. 200.
- 240.- GUASP.- Comentarios A la Ley de Enjuiciamiento Civil " T-I pág. 20, Madrid- 1953.
- ,241.- En comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil T-I pág. 1143.
- 242.- Ob. cit. pág. 236.
- 243.- Ver diversos supuesto en MANRESA: ob. cit. T-VIII págs. 172 y ss.
- 244.- Así las sentencias de 4 de junio de 1892, 18 de abril 1897, 17 diciembre 1919, entre otras.

- 245.- Usamos aquí la terminología de COVIELLO citado por GITRAMA en " Administración..... " ob. cit. pág 233.
- 246.- SANCHEZ ROMAN, creo que podría y debería ser bastante la tramitación de los incidentes.
- 247.- Por aplicación analógica del artículo 63 de la L.E.C., regla 19
- 248.- Ver sentencia de 17 de diciembre de 1919, relativa a la renuncia de albaceas.
- 249.- GITRAMA.- ob. cit. pág. 354.
- 250.- GITRAMA.- ob. cit. pág. 277
- 251.- En derecho de sucesiones pág. 147.
- 252.- PUIG FERRIOL.- obra cit. pág. 274 .
- 253.- LOPEZ R. GOMEZ.- Tratado..... T-II pág. 159-160.
- 254.- GITRAMA.- ob. cit. pág. 290.
- 255.- NEPPI, VICTOR.- Principios de Derecho Civil. Buenos Aires 1947 pág. 145.
- 256.- PLANIOL RIPERT: ob. cit. T-V pág. 756 núm. 699.
- 257.- La sentencia de 27 de junio de 1907 declara a este respecto que las obligaciones y responsabilidades del administrador no pueden extenderse más que a los bienes inventariados, a los cuales deben referirse las cuentas.
- 258.- GITRAMA.- ob. cit. pág. 304 y 305.
- 259.- Ver sentencia de 8 de julio de 1915.
- 260.- Ver el sugestivo trabajo de MARTIN RETORTILLO (CIRILO); La lucha contra el fraude civil, Bosch, Barcelona 1943, y en él especialmente las págs. 60 y ss.
- 261.- DE CUPIS (Adriano): " Il danno ", Milán 1946, pág. 158.
- 262.- DE CUPIS.- ob. cit. pág. 329.
- 263.- DIAZ VALCARCEL, LUIS M^a.- " Juicio de Abintestato" Nueva Enciclopedia Jurídica, F. SEIX; Barcelona 1971, pág. 35 y ss.

- 264.- DIAZ VALCARCEL: Ob. cit. pág. 37.
- 265.- GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA.- " Derecho procesal Civil, Madrid 1955 pág. 747.
- 266.- MIGUEL Y ROMERO: Derecho Procesal práctico, Madrid 1955, T-II pág. 207.
- 267.- Ello lleva a PANIAGUA a quejarse de la actual ordenación al no haber trámites para discutir eficazmente a las diferencias de las partes, - ninguna de las cuestiones que corrientemente separan a los partícipes de una herencia, PANIAGUA, " La absurda ordenación de los juicios sucesorios universales en nuestras Leyes de enjuiciar", en Revista general de Legislación y Jurisprudencia ", nov. 1930, pág 350.
- 268.- RIVES.- " Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia - de concurso y de acreedores y quiebras, Madrid 1954, T-II pág. 34 VILLAGRASA, Indicaciones preliminares de Derecho mercantil comparado, en " Revista General de Legislación y Jurisprudencia ", - 1905, T-107, pág. 538 y ss; UN TOGADO, Quiebra de las testamentarias en " Revista General de Derecho" 1948, pag. 19.
- 269.- GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA.- ob. cit. pág. 739.
- 270.- GIMENO GAMARA.- Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, en " Anuario de Derecho Civil", enero-marzo de 1948, pág. 10.
- 271.- GONZALEZ DELEITO.- Jurisdiccion voluntaria, en Revista de Derecho Prcesal", 1961 nº 3 pág. 684.
- 272.- PLAZA.- Derecho procesal civil español. Ed. Revista de Derecho privado 1955, vol. II, primera parte, pag. 474.
- 273.- MENENDEZ PIDAL.- Elementos de Derecho procesal Civil., Ma---
drid, Ed. Reus. 1935, pág. 592.
- 274.- PRIETO CASTRO.- Ob. cit. pág. 664; id. Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1964 pág. 71.
- 275.- SOTO NIETO.- El juicio de testamentaria " Nueva enciclopedia -
Jurídica, F. SEIX, Vol XIV pág. 132 y ss.

- 276.- RODRIGUEZ AGUILERA, Los l^ímite del juicio voluntario de testamentaria, en " Revista General de Legislación y Jurisprudencia " mayo de 1965, pág. 600. El artículo 1047 exige el acuerdo de toodos los interesados para el sobreseimiento del juicio.
- 277.- La diferenciación entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria - escribe ROSENBERG - sólo puede tener exito sobre la base del Derecho vigente. ROSENBERG, Tratado de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires E. J. E. A. pág. 1122.
- 2.78.- GUASP.- Derecho procesal civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pág. 1122.
- 279.- Ver las sentencias de 11 de noviembre de 1912, 22 de febrero 1927, 3 de febrero de 1930, 9 de marzo de 1933, 18 de diciembre 1963, etc.
- 280.- PANIAGUA, critica que no se exija la formulación de una pretensión definida que, por su impugnación total o parcial por las otras partes discrepantes, pueda servir de base para limitar la contienida judicial (trabajo cietado pág. 352). En realidad su lineamiento actual desplazador de los autenticos problemas que separen a las partes, no es muy plausible, debería esta impregnado plenamente, desde su principio, de un fuerte carácter contencioso, asimilar-se más a un juicio ordinario. V. VALENCIA, S., Reformas Orgánicas y procesales, en " Revista de Derecho judicial", enero - marzo 1964, pág. 163.
- 281.- SOTO NIETO.- ob. cit. pág. 136,
- 282.- Ver artículos 327 C.C. y art. 2º Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957.
- 283.- Ver art. 8º del Real Decreto de 14 de noviembre de 1885 y anexo II del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944.
- 284.- Ver los artículo 1010 a 1034 del Código Civil, reguladores del beneficio de inventario y del derecho de deliberar. Según el artículo 1052 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formalizado que fuere el inventario, el Juez mandará que se le ponga de manifiesto para que puedan resolver lo que convenga a sus intereses.
- 285.- Presentados por la solicitante los documentos que exige el artículo 1054, ha debido accederse a su solicitud, una vez que la Ley - no marca término para aquella petición, y solo lo hace respecto a la intervención del caudal (Sentencia de 12 de marzo de 1886).

- 286.- La sentencia de 17 de marzo de 1955 accedió a la nulidad de las - operaciones divisorias, al no ser citados para el juicio y para la formación del inventario los representantes del conyuge sobreviviente.
- 287.- PLAZA, ob. cit. vol. II, 1ª parte, pág. 499, Por eso le niego - carácter definitivo, a efectos de casación, la doctrina del T.S. (autos de 26 de noviembre de 1877, 26 de septiembre de 1885, 4 de enero de 1888, 25 de septiembre de 1902, 7 febrero 1905, 1º julio de 1909, 14 de junio de 1932, 16 de mayo de 1933 y 1º de mayo de 1949.
- 288.- PLAZA.- Ob. cit., vol. II, 1ª parte, pág. 500.
- 289.- Creemos al igual que SOTO NIETO que las disposiciones de los artículos 492. y 493 del Código Civil, que responden a supuestos distintos, no eximen al conyuge viudo, si es nombrado administrador, de prestar la fianza a que se refiere este artículo -- 1069 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En contra RIVES juicio voluntario de testamentaria, en Revista de Derecho Privado, 15 de junio de 1915, nº 21 de página 181 y ss.
- 290.- Las resoluciones recaídas sobre estos particulares no tienen el concepto de definitivas a efectos de casación; autos de 10 de febrero y 6 de diciembre de 1888, 25 de junio 1892, 27 de enero de 1916, etc.
- 291.- V. LEXON NOVOA.- El ejercicio del derecho de voto en caso de acciones sujetas a un juicio universal sucesorio, en " Revista - crítica de Derecho inmobiliario", mayo - junio 1956, pág. 374. Sostiene que el administrador debe acudir al juez solicitando que le autorice expresamente para asistir a la junta general convocadas, representando las acciones inventariadas.
- 292.- Así, aquellas encaminadas a la conservación de los bienes, percibidos de la rentas y demás productos (sent. de 13 de noviembre de 1895) o la denuncia de la obra nueva (sentencia de 11 de octubre de 1882).
- 293.- Los artículos 1039 y 1070 de la Ley de Enjuiciamiento Civil están subordinados a la especialidad de lo ordenado por el testador (sentencias de 28 de diciembre de 1896, 17 de mayo de 1910 y 11 marzo de 1932).
- 294.- No así los otros designados por las partes o grupos de partes.

295. - Procede la declaración de oficio de la testamentaria necesaria en conformidad con el artículo 1041, toda vez que el heredero desconocido no puede menos de ser considerado como ausente (sentencia 23 de junio de 1882).
296. - Así lo viene a reconocer MIGUEL Y ROMERO, juicio de testamentaria, en " Enciclopedia Jurídica Española ", T-XX pág. 265.
297. - El ausente - como señala SERRANO ABAD - que es el primer caso previsto por la Ley y por ende relativamente el más importante, merece o necesita distinto trato, distinta condición que el - menor o incapacitado, pues, de Derecho natural están en distinto caso. SERRANO ABAD. Los ausentes en las testamentarias, en Revista de Derecho Privado", julio agosto de 1915, número 22 y 23 pág. 245.

CONCLUSIONES

Las conclusiones no son más que una recapitulación final de las diversas cuestiones aunque entrecadas todas en la idea central de la administración de bienes en el proceso civil - que hemos venido estudiando a lo largo de nuestra tesis. Por eso resulta necesario fijar desde la visión procesal de la problemática planteada las siguientes conclusiones:

1ª.- La distinción entre actos de conservación, de administración y de disposición reviste carácter jurídico, no meramente económico. Cuando la Ley se refiere en general a actos de conservación, administración o disposición, debe entenderse, salvo que se exprese claramente en sentido contrario, que habla de las características puras del acto aislado. Cuando establece prohibiciones o exige autorizaciones concretas, resulta innecesario acudir a la clasificación de los actos.

El estudio de los actos de conservación, administración y disposición resulta muy valioso, porque suministra un ejemplo claro, donde las funciones de la Ley y la doctrina han sido confundidas. Pero lo verdaderamente interesante consiste en llegar a una doctrina general, comparando el mundo real, donde la Ley desempeña una función organizadora, y el mundo del pensamiento, paralelo a la realidad.

Pero en la actualidad y pese a todos estos esfuerzos, los estudios realizados sobre el particular, aún siendo dignos de encomio, si quiera sea por el esfuerzo que ello supone, en nada ha venido a contribuir a establecer un concepto de administración y la consiguiente diferenciación entre los diversos actos que integran la institución.

IIª.- Los bienes afectos al proceso, constituyan ciertos bienes limitados o todo un patrimonio, han de ser conservados mediante actos de administración, así como en ciertos casos han de ser transformados o convertidos en metálico para asegurar o cumplir los fines del proceso. Estos actos no pueden ser llevados a cabo por el personal jurisdicente ni por el cooperador. Por ello es necesario acudir al personal colaborador para el desempeño de estas funciones que se realizan por los Administradores judiciales.

IIIª.- De acuerdo con la inmensa variedad de los bienes que pueden ser objeto del proceso la función que se encomienda a las personas colaboradoras puede tener un carácter predominantemente estático - de guarda o custodia - o bien dinámico - de gestión activa que a su vez puede desdoblarse en dos funciones distintas: la de administrar sus tituyendo al propietario, o fiscalizando la administración de éste. Una cuarte hipótesis sería la del depositario - administrador que participa de ambas funciones con predominio de la primera.

Esto nos lleva a distinguir los tipos siguientes: el depositario - administrador, el administrador y el interventor.

Son numerosas las tesis que pretenden conceptualizar la figura del depositario judicial y que fundamentalmente se reduce a estimarlo o como sujeto de una relación contractual entre el designante y el designado, o como colaborador del órgano judicial - tesis que nosotros adoptamos -. Pero en cualquier caso se trata de un acto público en cuanto se entronca con una actividad de Derecho, el procedimiento, y por ello, en esencia el ius publicum. La posibilidad de designación de depositario atribuida en nuestro Derecho (artículo 1454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al actor establecida con carácter facultativo no priva al acto de designación de su carácter público.

IVª.- Aunque la administración judicial de empresas embargadas no aparece expresamente regulada en la Ley con carácter cautelar - y tal vez por esta razón M. VERGES SANCHEZ sostiene que " Si en algun momento la Administración judicial de Empresas embargadas pudiera parecer establecida como una simple medida cautelar que garantiza la conservación del objeto embargado en orden a su ejecución hemos de advertir que esta visión no es exacta, ya que en algunos de sus rasgos fundamentales son ex presivos de otras circunstancias en laz que la finalidad de satisfacción de los acreedores no aparece recogida de modo fundamental", creemos, sin embargo, siguiendo a SERRA DOMINGUEZ Y RAMOS MENDES que el carácter cautelar de la Administracion judicial está sobradamente amparado en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que su misión debiera limitarse a aquellos supuestos en que se estime absolutamente necesario para la conservación de la empresa durante la perpendencia del proceso.

Vª.- El Interventor en la Administración de bienes litigiosos tiene una gran importancia práctica. En efecto, la conducción de los negocios es eminentemente subjetiva, caben siempre diversas posibilidades entre las que debe optar una persona perfectamente conocedora del negocio. La intervención de un tercero en todos y cada uno de los actos puede devenir una medida totalmente perjudicial y contraria a su propia finalidad si no es interpretada correctamente. El recurso a la suprema decisión del Juez nada resuelve, pues este tiene una función simplemente jurídica, pero no está preparado para resolver problemas de indole comercial, ni tiene, orgánicamente, posibilidad de ejercer el comercio. De donde resulta que la intervención debe mantenerse siempre dentro - de unos límites prudentes, no controlando y censurando sino aquellos actos que en si mismo considerados sean susceptibles de producir un grave perjuicio al demandante, o a los acreedores según los casos. Siempre que no resulte aparentemente perjuicio, el Juez debe resolver en favor de la postura del intervenido, aun cuando téoricamente pudiera resultar más correcta la postura del interventor.

VIª. - La diferencia entre embargo preventivo y embargo ejecutivo viene dada en que el primer se lleva a cabo antes o al iniciarse un proceso de declaración para obtener el título ejecutivo que servirá para despachar la futura ejecución, y la decisión de si procede o no, - por concurrir o faltar los necesarios presupuestos, agota toda la posible actividad, decisoria a este respecto; decisión que puede recaer sin contradicción, al decidir sobre la petición de embargo, o luego de un proceso declarativo de oposición regido por el principio contradictorio.

En cambio, el embargo que se practica dentro del proceso de ejecución, aún buscándose su efecto asegurativo, constituye una actividad inicial o fase de proceso entero, y la decisión que lo acuerda no agota - la actividad resolutoria del Juez, ya que la cuestión puede ser objeto de nuevas decisiones a lo largo del proceso.

VIIª. - Existe diferencia entre la Administración judicial; -- forma de embargo y una administración ejecutiva. De una manera muy sencilla; observando el destino de los frutos o productos que la administración obtiene; ya que si estos frutos o productos siguen afectados al proceso, respondiendo dentro de él de una manera eventual, y aún no establecida se trata de una administración cautelar o, en general de un embargo; la Administración de bienes, en caso de embargo de frutos y rentas; y si, en cambio, los frutos o productos se destinan inmediatamente al acreedor ejecutante, el cual los percibe o hace suyos tan pronto como se producen o devengan se trata de una administración ejecutiva.

VIIIª. - En la administración de la herencia de una empresa mercantil individual hay que precisar, dentro del ordenamiento común, - tres únicas posibilidades: Que se haga cargo de la administración y dirección de la empresa el albacea, si fue nombrado; en defecto de éste, que se haga cargo el propio llamado a la sucesión; o bien que se haga cargo un administrador judicial.

Por consiguiente, a falta de albacea nombrado que administre la herencia sólo habrá la posibilidad de que quien lo haga sea un administrador nombrado judicialmente, para lo que habría que acudir al juicio de testamentaria o abintestato, según los casos. De los artículos 1020 y 1022 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no cabe sino deducir que ese administrador se hallara ampliamente facultado no solo para administrar por si mismo la empresa, sino incluso para darla en arrendamiento a través de subasta pública o judicial, los establecimientos fabriles, industriales o de cualquier clase, lo que en determinados casos puede constituir una muy adecuada solución.

IXª Los Interventores de la suspensión de pagos tiene para nosotros, siguiendo a M^r FENECH el carácter de colaboradores del representante del órgano jurisdiccional y que se afirma mucho más si tenemos en cuenta que su función cesa automáticamente con la aprobación del convenio que pone término al proceso por suspensión de pagos (Artículo 151 de la Ley de Suspensión de Pagos), ya que el ulterior nombramiento o confirmación de los Interventores por la junta de acreedores que aprobó el convenio no prorroga sus funciones de colaboradores del Tribunal, que carece de intervención en un proceso concluso, lo que, por otra parte, extingue la legitimación procesal de los interventores nombrados para un proceso concreto, sino que el hecho del nombramiento de Interventores particulares de los acreedores recaigan en la persona misma de los nombrados por el Juez, lo mismo que cuando recaiga en persona distinta hay que contemplarlo como un negocio jurídico de carácter material y regulado por este derecho, que no interesa de manera directa a nuestro estudio, ni influye en manera alguna sobre el carácter procesal de los Interventores nombrados por el Juez para que ejerzan sus funciones, mientras pende el proceso por suspensión de pagos.

Xª .- El Depositario Administrador en la Administración por concurso de acreedores aparece como formado parte del órgano jurisdiccional, en cuanto que es el órgano jurisdiccional el que espontánea-

mente lo nombra y en cuanto que las funciones que se le encomiendan son evidentemente funciones oficiales, en interés común del concurso y, por tanto, no asimilables fácilmente a la posición de ninguno de los sujetos - parciales que en el proceso actúan. Pero, de otro lado, el Depositario Administrador se asemeja más bien a un sujeto parcial del proceso, en atención a sus cualidades personales y a parte de las funciones que también se le atribuyen. Así, el Depositario Administrador viene a configurarse como un encargado judicial, esto es, como un auxiliar del órgano jurisdiccional, cuya individualidad se establece caso por caso, al ser designado, en cada proceso concreto, la persona que ha de desempeñarlo, y como un colaborador de las partes, que realiza funciones propias de éstas, sin perjuicio de las anteriores.

XIª. - La idoneidad de la persona para el cargo de Comisario de la quiebra, cuya apreciación queda al arbitrio del Juez competente, viene determinada por un doble orden de factores: de un lado, en el aspecto positivo, una cierta aptitud específica (distinta de la capacidad procesal) para desempeñar el cargo en un proceso concreto de quiebra, para la determinación de la cual es preciso tener en cuenta por el Juez, de una parte, las circunstancias objetivas de la empresa mercantil de cuya quiebra se trate (objeto sobre que versen sus operaciones, mayor o menor complicación de sus elementos mercantiles, personales, capital etc); de otra, y en vista de las objetivas, las circunstancias subjetivas de capacidad técnica de la persona que ha de asumir las delicadas funciones que vienen encomendadas al Comisario, que existen además del designado una intachable conducta moral y un concto de la responsabilidad de su función que deben ser exquisitamente apreciadas por el Juez, de otro, en el aspecto negativo, que n.o concurran en el comisario ninguno de los presupuesto negativos que condicionan la legitimación procesal del personal jurisdicente de los ,Tribunales, ya que aunque en la Ley no se dice de manera expresa, no hay duda de que por especial -

carácter del Comisario, podría ser éste recusado, como puede serlo el propio Juez competente para conocer de la quiebra. En previsión de estas hipótesis la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que a falta de persona idónea el Juez mismo asume las funciones encomendadas al Comisario (artículo 1333-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

XIIª. - La pieza de la Administración de la quiebra ha de formarse seguidamente que se dicte el auto, y en ella ha de practicarse la diligencia de ocupación de los bienes, inventario y todas aquellas que tienden a realizar esos bienes y su liquidación (artículo 1350 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y números 3, 4 y 5 del artículo 1040 del Código de Comercio).

Las actuaciones que en esta pieza se deben practicar son:

- 1) Ocupación de los bienes de la quiebra.
- 2) Forma de ingresar y extraer bienes de la quiebra.
- 3) Formación del inventario y entrega de los bienes a los Sindicos.
- 4) Examen e impugnación de las cuentas presentadas por el depositario.
- 5) Gastos para cubrir atenciones de la quiebra.
- 6) Justiprecio y venta del caudal de la quiebra.
- 7) Acciones contra los Síndicos que comprometen efectos de la quiebra.
- 8) Transacciones en pleitos de quiebra.

9) Sobre entrega semanales en el " ARCA" de depósitos (Establecimiento bancario adecuado a Caja de seguridad).

10) DE la exposición con vista de los estados mensuales de administración.

11) Recurso contra las providencias del Comercio.

12) Rendición de la Cuenta General. Su aprobación y sustanciación de las impugnaciones que contra ella se hicieren, y

13) Repeticiones de los acreedores o del quebrado contra los Sindicos por los daños y perjuicios causados a la masa.

XIIIª. - Creemos que las situaciones en que debe de encontrarse una herencia para que en base al artículo 1053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda ser declarada en concurso o en quiebra son: la herencia yacente, la herencia aceptada a beneficio de inventario, y la herencia aceptada pura y simplemente cuando, siendo varios los herederos y todavía no se ha producido la adjudicación de los bienes relictos, estos permanezcan en la indivisión.

XIVª. - En la quiebra de la herencia, la herencia yacente -- tiene capacidad para ser parte, pero no tienen capacidad para comparecer en juicio, por lo que habrá que hacerlo por ella el administrador, - el cual ni representa al heredero o herederos ni a los acreedores ni a los deudores, ni es un representante legal, en el sentido del artículo - 2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no ser la herencia yacente - una persona jurídica, si no la acción en nombre propio pero por derechos ajenos de aquí que ejercite, en nombre propio sea demandado en

por las obligaciones del patrimonio. Es este, parte, pues en virtud de la sustitución procesal.

XVª.- El concepto que de administración se tiene en la herencia, es diferente que el que se ha de tener cuando esa herencia ha sido declarada en quiebra, por que aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la regulación en la administración de la quiebra se remite a las disposiciones de abintestato, o lo que es lo mismo, a un supuesto normal de administración de herencia, lo cierto es que su contenido varía, proque la administración del abintestato está destinada por esencia, no a transformar los bienes ni a convertirlos en dinero, sino a -- mantenerlos, en la medida de lo posible en el "statuo quo" en que se -- hallan. De aqui, que, como no puede bastar dicho concepto para la administración de la quiebra, junto a los actos típicos de conservación, explotación y empleo racional de las rentas obtenidas, que añade como -- "prins" en la quiebra la posibilidad de disponer de dichos bienes, pues como se sabe, la quiebra tiende a satisfacer a los acreedores por medio de la venta, no sólo por la administración de los bienes ocupados al quebrado. No tra cosa es lo que establece el legislador en el artículo 1345 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la llamada, "ventas urgentes" que el depositario puede hacer con permiso del comisario de la quiebra, Estas "ventas urgentes" reguladas por el depositario- administrador, no se encuentran en la regulación que se hace para la etapa ulterior, es decir, para la etapa en que cesando el depositario -- los Síndicos se hacen cargo de la administración de la quiebra. Hay, pues, una "aparente contradicción que es la de que mientras el depositario- administrador-órgano de carácter interino al que normalmente no corresponden facultades liquidadoras-, se le atribuye el poder de -- hacer enajenación anticipada; y a los Síndicos -- los verdaderos realizadores del patrimonio del comun deudor-, no se le confiere, por los menos expresamente, atribuciones semejantes, de donde, incluso, podría inducirse a "sensu contrario" que el legislador elimina deliberadamente esta atribución."

Pero como acertadamente dice GUASP la contradicción se resuelve pensando simplemente que el depositario-administrador, por no ser un cargo autorizado normalmente para enajenar, necesita permiso legal expreso para realizar esta actividad. En cambio a los Síndicos, que son los sujetos encargados de la conversión en dinero de los bienes del deudor, la atribución de facultades de enajenación no se precisan porque las tiene encomendadas con carácter general y ordinario que dispensa de cualquier indicación particular.

XVIª. - Como hemos indicado en la conclusión XIV el administrador de la herencia es un "sustituto" de los futuros o indeterminados, pero determinables, titulares de la herencia, hasta que esta determinación no se produzca, el que accionará y defenderá en juicio los intereses de la herencia será el administrador, ejerciendo dichos derechos en nombre propio y siendo parte, de los procesos promovidos, y así mismo cuidará, conservará y administrará los bienes que constituyen dicha herencia. El administrador no es evidentemente titular real de los bienes hereditarios, pero por evidentes razones prácticas se admite pacíficamente en las legislaciones, además de la legitimación directa, otra forma de legitimación comunmente llamada indirecta, en virtud de la cual puede actuar como parte en un proceso concreto, aunque no sea sujeto de aquellas relaciones. Esta legitimación indirecta ofrece las dos siguientes modalidades: la primera, en virtud de la llamada representación voluntaria o apoderamiento, según la cual la actuación jurídica del representante afecta inmediatamente al representado, pero esta tesis debe rechazarse para explicar la legitimación indirecta se da cuando quien actúa en el proceso sin ser titular de la relación jurídica controvertida no lo hace en nombre del verdadero titular, sino en nombre propio, aunque haciendo valer derechos o soportando obligaciones ajenas.

XVIIª. - En general puede afirmarse que todo administrador

ha de rendir cuentas de su gestión. El artículo 1010 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se halla concebido en términos tan omnicompresivo como el 103 del Código Civil; y lo propio puede decirse de las restantes disposiciones pertinentes, excepto la del párrafo 2^a del artículo 1032 del Código Civil. Debe rendir cuentas, por consiguiente, tanto el heredero administrador como el extraño a la herencia que también lo sea.

Ahora bien, de la excepción aludida resulta una diferencia favorable al administrador que a la vez sea heredero, en tanto que este debe dar cuentas únicamente si en la herencia aceptada a beneficio de inventario no existen bienes bastantes para pagar todas las cargas hereditarias (artículo 1031 del Código Civil), el administrador extraño a la herencia debe darlas en todo caso al terminar el dicho pago y precisamente al heredero beneficiario.

XVIII^a. - El administrador ha de ser responsable frente a todos los interesados en la herencia (herederos, legatarios, acreedores) y por supuesto, en ocasiones ante la autoridad judicial. Su responsabilidad se transmite a sus herederos. Y cuando los administradores sean varios y todos ellos hayan incurrido en responsabilidad, responderán solidaria y mancomunadamente, según hayan sido constituidos; en la duda, o si tal no se determinó, por virtud del principio general del artículo 1137 del Código Civil, responderán mancomunadamente. Por regla general, el tiempo relevante para la determinación del contenido y medida del daño será, si su resarcimiento se reclama judicialmente, el momento del fallo judicial, toda vez que posiblemente, hasta entonces no se apreciará en toda su intensidad y extensión el perjuicio causado por la actitud del administrador.

XIX^a. - La administración del abintestato tiene por objeto la conservación de los bienes de la herencia mientras se tramita el juicio de abintestato. En realidad, continúa la acción cautelar de la prevención del abintestato al cesar ésta una vez se llega a la declaración de here-

deros por auto o sentencia firme. La Ley ordena que en todo juicio - de abintestato se formará una pieza separada que se llamará de administración, en la cual se actuará cuanto tenga relación con ella. Se formará además, en su caso, los ramos separados de dicha pieza que fuesen necesarios para evitar confusión. La pieza de administración, el ramo de cuentas y demás incidencias de la misma se pondrán de manifiesto - en la secretaría durante las horas de despacho a los que se hayan presentado alegando derecho a la herencia, siempre que lo soliciten del -- Secretario, el cual no devengará derechos por esta exhibición. Si en su vista formularsen algunas reclamaciones el Juez las atenderá en cuanto sean fundadas (artículos 1005 y 1006).

XXª. - La administración de la testamentaria, salvando las disposiciones del testador, se regirá por las reglas establecidas pra la de los abintestatos en la sección cuarta del título IX de la Ley de Enjuicia miento Civil, cuyas disposiciones será aplicables, excepto la del artí culo 1008. Las funciones más características del administrador son a-- aquellas tendentes a la conservación de los bienes, percibo de las rentas y demás productos, etc. Según el artículo 1098, el administrador de la testamentaria sólo tendrá la representación de la misma en lo que se relacione directamente con la administración del caudal, su custodia y -- conservación y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo conducente para ello, ejercitando las acciones que proceda; de este precepto y de la exclusión del dictado del artículo 1008 se corrige la limitación de -- personalidad reconocida al administrador de la testamentaria en orden a la representación hereditaria, no estando facultado para el ejercicio del cualesquiera acciones, sino tan solo de aquellas intimamente ligadas a sus deberes de administración, salvo la hipótesis especial prevista en el artículo 1026 del Código Civil.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS Y JURISPRUDENCIALES

AGUILERA DE LA CIERTA, T.

Actos de administración, de disposición y de conservación.
Ma Madrid 1974.

ALBADALEJO, M.

Instituciones de Derecho Civil. - Barcelona 1964.

ALCALA - ZAMORA, N.

Anotaciones al Derecho Procesal Civil de GOLDSCHMIDT.
Barcelona 1936.

ALCUBILLAS

Diccionario de la Administración española. - Sexta edición.
Madrid 1924.

ALMAGRO NOSETE, J.

Discurso sobre los aspectos procesales de la Ley de suspensión de pagos. Revista de Derecho Procesal núm. IV Año 1972

ARRAZOLA

Enciclopedia Española de Derecho y Administración.

AUBRY

(En colaboración con RAU). - Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharías. 6ª edición. Tomo I.

AZZOLINA

Il fallimento e le altre procedure concursale III
Torino 1961.

BARASSI, L.

Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. - Traducción y notas de comparación al Derecho español por RAMON GARCIA DE - HARO DE GOYTISALO. p Barcelona 1955

BERGOS TEJERO, J.

Transmisión hereditaria de la empresa mercantil individual =

Tesis. Barcelona 1975.

BLANCO CAMPAÑA, J.

Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios.

Madrid 1980.

BROSETA, M.

Manual de Derecho Mercantil. Madrid 1974

BRUNETI

Tratado de quiebras. - Mejico 1945

CABANELLAS, G.

Diccionario de Derecho Usual. 5ª edición. Tomo I Madrid
1963. 12ª edición, revisada, actualizada y ampliada por LUIS
ALCALA ZAMORA. - Buenos Aires 1979.

CALAMANDREI

Introducción al estudio sistemático de las providencias cau-
telares. Traducción de SENTIS MELENDI. Buenos Aires
1945.

CALVO TEIXEIRA

La designación del depositario. Revista de Derecho Procesal
1969

CALVET BOTELLA

Sobre el depósito de bienes muebles reembargados
Madrid 1977.

CARNACINI

Contributo alla teoria del pignoramento Y cognicio il sequestro giudiziario e conservativo. 1942

CARNELUTTI, F.

Proceso di esecuzione e istituzioni del Proceso Civil Vol. I
Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires
1971.

CARRERAS, J.

El embargo de bienes. - Barcelona 1957

CARRERAS, J. (y FENECH, M)

Estudios de Derecho Procesal. Barcelona 1962.

CASTAN TODEÑAS, J.

(Con adicciones de JOSE LUIS DE LOS MOZOS). Derecho - Civil Español comun y foral. Tomo I Vol II. - 12ª edición. - Madrid 1978.

CASTRO, F.

Temas de Derecho Civil español. Madrid 1972.

CASTRO F.

Derecho Civil de España. - Madrid 1952.

CICU, M.

Sull istituzione di herede condicionales Padua 1937.

COLLIN, A.

(En colaboración con H. CAPITANT). Cours de droit civil français. 2ª edición 1909.

COSSIO

El patrimonio del ausente. Revista de Derecho Privado 1942

CUNHA GONÇALVES

Tratado de Derecho civil Vol VII

ESCRICHE

Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia 3ª edición, corregida y aumentada. - Madrid 1847.

DE CUPIS, A, '

Il danno. - Milán 1946

DIAZ VALCARCEL, LUIS Mª.

Juicio de abintestato. Nueva Enciclopedia Jurídica F. SEIX. Vol. XIV. Barcelona 1971.

FAIREN GUILLEN, V.

La reforma del proceso cautelar civil español. Revista de - Derecho Procesal. Núm. IV. octubre-diciembre 1966.

FAIREN GUILLEN, V.

Estudios de derecho Procesal. Parte especial. Editorial -- Revista de Derecho Privado 1955.

FENECH, M

Derecho Procesal Civil. - Madrid 1980

FENECH, M.

La administración de los bienes en el proceso

Barcelona 1974.

FENECH, M.

Doctrina Procesal del Tribunal Supremo. - Madrid 1957

FENECH, M. (y CARRERAS, J.).

Estudios de Derecho Procesal. - Barcelona 1962

FENECH, M.

En colaboración con ALMAGRO y PRIETO CASTRO. -

Derecho Procesal II, Unidades Didácticas de la U.N.E.D. -

Madrid 1976

FENECH, M.

Derecho Procesal Tributario II. - Barcelona 1949

FERRARA, F.

Acti d'administracions en "Il Filangieri" de 1903.

FONCILLAS

El heredero aparente . - Revista crítica de Derecho Inmobiliario. - Febrero de 1931.

GALL EGO MORRELL

Medidas cautelares en el Derecho comparado. - Madrid 1956

GARCIA BAÑÓN

El beneficio de reparación. - Madrid 1962

GARCIA VALDECASAS, G.

La comunidad hereditaria en el Derecho español. - Anales de la Academia Matritense del Notariado. - Madrid 1953.

GARRIGUES, J.

Curso de Derecho Mercantil, Tomo I. - Madrid 1974.

GARRIGUES, J.

Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. - 5ª edición. Revisada, corregida y puesta al día por RAFAEL JIMENEZ DE PARGA. - Madrid 1969.

GENY

Science et technique en droit prive positif. - Paris 1922.

GIMENO CAMARA

Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria
Anuario de Derecho Civil. enero-marzo 1948.

GITRAMA, M.

La administración de la herencia en el derecho español
Madrid 1950.

GOLDSCHMIDT

L'arte d'administration en droit civil francais. - Paris 1898

GOMEZ DE LA SERNA

Motivos de la Ley de 1885 para tratar de justificar la denominación de juicio ejecutivo.

GOMEZ ORBANEJA, E.

(En colaboración con HERCE-QUEMADA) Derecho Procesal Civil. - 8ª edc. Madrid 1976.

GOMEZ ORBANEJA, E.

Legitimación y sustitución. - Revista del Colegio Notarial. -
Barcelona 1974.

GONZALEZ DELEITO, N.,

Jurisdicción voluntaria. Revista de Derecho Procesal 1961

GONZALEZ DELEITO, N.

Aspectos históricos de la Ley de Suspensión de pagos Revis
ta de Derecho Procesal 1972.

GOALA, G.

L'acti de disposizioni dei diritti. - Perugia 1936

GUAITA, A.

Administración de justicia y administración judicial. - Sepa-
rata de la Revista de Derecho Procesal núm. IV, Octubre -
diciembre 1968.

GUASP, J.

Derecho Procesal Civil. - Madrid 1977

GUASP, J.

Derecho Procesal Civil. - Madrid 1968

GUASP, J.

Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. - Madrid 1953

GUTIERREZ DE CABIADES, E.

Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares
Pamplona 1974.

GUTIERREZ DE CABIADES, E.

Estudios de Derecho Procesal. IV. - Derecho procesal Civil

Ediciones Universidad de Navarra 1974.

HEMARD, J.

Precis de droit civile. 3ª ed. - Paris 1943.

HERCE-QUEMADA

El proceso cautelar. - Revista de Derecho Procesal núm. IV
1.966.

HERCE - QUEMADA, V.

(En colaboración con GOMEZ ORBANEJA).

Derecho Procesal Civil 8ª edic. Madrid 1976

HERRANZ DE LAS POZAS

Esquema de legislación y doctrina hipotecaria. Temas adaptados al cuestionario de oposiciones a Registradores de la Propiedad.

JIMENEZ ASENJO, E.

El embargo. - Barcelona 1956

KOONTZ, H. (En colaboración con O'DONNELL, C)

Elementos de administración moderna. - Bogotá 1974

LEZON NOVOA, V.

El ejercicio del derecho de voto en el caso de acciones sujetas a un juicio universal sucesorio. - Revista de Derecho inmobiliario. - mayo - junio 1956

LOPEZ - ALARCON

El embargo y sus problemas. - Pretor. - núm. 32 abril 1955

LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, E.

(En colaboración con J. SAEZ).

Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal. - Madrid 1966

MALDONADO FERNANDEZ DEL ARCO, J.

Herencias en favor del alma en el Derecho español. - Madrid
1944

MANRESA Y NAVARRO, J. J^a.

Comentarios al Código Civil español. - Tomo XII, 5^a ed. revisada por LINO RODRIGUEZ ARIAS. - Madrid 1951. - Tomo XI- 6^a ed. revisada por JOSE M^a. BLOCH. Madrid 1972.

MANRESA Y NAVARRO, J. M^a.

Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. - Tomo VI. - 7^a ed. Madrid 1957.

MARTINEZ CALCERRADA, L.

Comentario en la Sección Tribuna del Derecho de Familia del diario "YA" de 3 de noviembre de 1981.

MARTIN RETORTILLO, C.

La lucha contra el fraude civil. - Barcelona 1943.

MATIL LA ALEGRE

Sobre un supuesto de concurrencia de embargo:- Revista de
Derecho Procesal 1964.

MEDINA MARAÑÓN

Leyes Civiles de España. 12ª ed. Madrid 1964.

MENDEZ

La sucesion procesal. - Barcelona 1974

MENENDEZ PIDAL

Elementos de Derecho Procesal Civil. - Madrid 1935.

MIGUEL Y ROMERO

Derecho Procesal Práctico. - Madrid 1955

MIGUEL Y ROMERO

Juicio de testamentaria. - Enciclopedia Jurídica Española F.
SEIS vol. XX. Barcelona 1971.

MIRABELLI

Scritti giuridici in onore de ANTONIO SCIALDIA. - Barcelona
1953.

NAST

Notes du traité pratique de P'LANIOL Y RIPER. - Vol VIII

NAVARRINI. H.

La quiebra. - Traducción y notas sobre el derecho español por
F. HERNANDEZ BORONDO. - Madrid 1943.

NAVARRO VILARROCHA

Derecho Procesal. Las tercerías en los procedimientos de la
Hacienda Pública. Revista general del Derecho 1974

NEPPI, V.

Principios de Derecho Civil. - Buenos Aires 1947

O'DONNELL, C.

(en colaboración con KOONTZ, H).

Elementos de administración moderna. - Bogota 1974

PEREZ GONZALEZ Y ALGUER

Notas al ENNECERUS. - Tomo I Vol. II

PLANIOL Y RIPER

Tratado práctico de Derecho Civil frances. - Habana 1927

DE LA PLAZA, M.

Derecho Procesal Civil Español. - Madrid 1945

POLACCO, V.

Deble successioni. - Roma 1928

POILAINE

(Citado por FONCILLAS). - El heredero aparente. - Revista crítica de Derecho Inmobiliario. febrero 1931.

PRIETO CASTRO, L.

Derecho Procesal Civil. - Madrid 1971.

PRIETO CASTRO, L

Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal. - Revista de Derecho Privado 1964.

PRIETO - CASTRO, L.

Conceptos generales.- Procesos declarativos, Recursos,
Madrid 1963

PRIETO CASTRO, L.

(En colaboración con M. FENECH y J. ALMAGRO).

Derecho Procesal II.- Unidad Didáctica. U.N.E.D.- Madrid
1976

PRIETO CASTRO, L.

Derecho Concursal, Procedimientos sucesorios, Jurisdic-
ción. Madrid 1978

PUIG FERRIOL

El albaceazgo.- Barcelona 1976

PUIG PEÑA

Tratado de Derecho Civil.- Tomo IV.

RAMIREZ, J. A.

La quiebra.- Tomo II.- Barcelona 1969

RAMOS MENDEZ, F.

El ámbito del embargo.- Revista general de Legislación y
Jurisprudencia 1969

RAMOS MENDEZ, F.

Derechos Procesal Civil.- Barcelona 1980

RAMOS MENDEZ, F.

(En colaboración con M. SERRA DOMINGUEZ). - Las medidas
cautelares en el proceso civil.- Barcelona 1974.

RAU

En colaboración con AUBRY). - Cours de droit civil francais d'après le methode de Zacharias. - 6ª edición. Tomo I.

ROBLES GARZON, J. A.

La quiebra de la herencia. - Tesis. - Barcelona 1979

ROCA SASTRE

Contrucción jurídica sobre la titularidad de la herencia yacente. R. N. C. 1936

RODRIGUEZ AGUILERA.

Los limites del juicio voluntario de testamentaria. Revista general de Legislación y jurisprudencia. Mayo 1965

ROSEMBER

Tratado de Derecho Procesal Civil. - Buenos Aires E. J. F. A.

RIVES Y MARTI, F.

Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras. - Tom o II Madrid 1954.

RIVES, F.

Juicio voluntario de testamentaria. - Revista de Derecho Privado de 15 de junio de 1915.

RUIZ SANCHEZ

Proceso cautelar: El artículo 1419 de la L. E. C. - Revista de de Derecho Procesal 1964

SAEZ JIMENEZ, J.

(En colaboración con E. LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA). -

Compendio de Derecho Procesal Civil y penal. - Madrid 1966

SALGADO Y SOMOZA

Laberynthus creditorum concurrentium. Valladolid 1946

SALCEDO ORTEGA

Aspectos procesales del Derecho hereditario. - Revista Pretor
1971

SANCHEZ CALERO, F.

Curso de Derecho Mercantil de J. GARRIGUES. Tomo II. Revi
sado con la colaboración de SANCHEZ CALERO. - Madrid 1974

SANCHEZ ROMAN, F.

Estudios de Derecho Civil. - Tomo VI. vol. I Madrid 1910

SANCHEZ SANCHEZ, R.

Administración de los bienes en el Proceso Penal. - Tesis. -
Madrid 1980.

SAURA, J.

Quiebras. - Madrid 1952.

SERRA DOMINGUEZ, M.

En colaboración con F. RAMOS MENDEZ). - Las medidas caute
lares en el proceso civil. - Barcelona 1974

SERRANO ABAD

Los ausentes en las testamentarías. - Revista de Derecho
Privado. julio- agosto 1915

SERRANO Y SERRANO

La ausencia en el Derecho español. - Madrid 1943

SÍLVA MELERO

Ejecución Procesal. - Nueva Enciclopedia Jurídica F. SEIX. -
Tomo VI. Barcelona 1971.

SOTO NIETO, F.

El juicio de testamentaría. Nueva Enciclopedia jurídica F.
SEIX volumen XIV. Barcelona 1971.

TARRIO

Depósitos indistintos. - Revista crítica de Derecho Inmobilia-
rio. 1927.

TOGADO (un)

Quiebra de las testamentarías. Revista general de Derecho
1948.

TOME PAULE, J.

El secuestro judicial. - Revista de Derecho Procesal núm. 1
1.969

TOME PAULE; J.

Teoría general de las cauciones procesales. - Revista Dere-
cho Procesal 1962.

TRASBOT, A.

L'acte d'administration en droit privé français. - Burdeos
1921.

VALENCIA, V.

Reformas orgánicas y procesales. - Revista de Derechos Judi-
cial. - enero-marzo 1964.

VERDOT, R.

La notion d'acte d'administration en droit français. - Paris
1963

VERGEZ SANCHEZ, M.

La administración judicial de empresas embargadas. - Re-
vista de Derecho Mercantil. - núm. 149. julio - septiembre -
1978.

VILLAGRASA

Indicaciones preliminares de Derecho Mercantil comparado. -
Revista general de Legislación y Jurisprudencia 1905.

VIÑAS MEY

El derecho de retención. - Revista de Derecho Privado 1923

ZANZUCHI

Diritto Procesuale civile. - 1946.

2. - FUENTES JURISPRUDENCIALES

Sentencias del Tribunal Supremo

8	noviembre	1859
11	junio	1872
27	septiembre	1872
1	julio	1885
13	noviembre	1885
3	marzo	1886
12	marzo	1886
7	mayo	1886
26	junio	1886
30	diciembre	1886
11	julio	1886
17	julio	1887
26	marzo	1888
24	diciembre	1888
6	febrero	1890
8	mayo	1890
11	dieiembre	1890
3	junio	1891
16	enero	1892
4	mayo	1892
24	junio	1892
27	marzo	1895
23	septiembre	1895
8	dieiembre	1895
27	mayo	1896
13	junio	1896
16	marzo	1897
18	marzo	1897

18 a abril	1897
29 abril	1897
7 enero	1899
27 junio	1900
10 diciembre	1901
4 febrero	1902
4 marzo	1902
15 octubre	1902
17 enero	1903
24 abril	1903
29 octubre	1904
24 febrero	1905
21 junio	1905
25 septiembre	1906
23 mayo	1907
26 junio	1907
27 junio	1907
8 noviembre	1907
18 febrero	1908
20 marzo	1908
17 febrero	1909
31 mayo	1909
30 junio	1909
6 octubre	1909
27 octubre	1909
21 enero	1910
1 febrero	1910
23 abril	1910
25 diciembre	1910
25 enero	1911
21 marzo	1911
11 mayo	1912
25 junio	1912

11	noviembre	1912
2	diciembre	1913
21	octubre	1914
2	febrero	1915
31	marzo	1915
8	julio	1915
21	noviembre	1915
8	julio	1916
12	noviembre	1916
31	marzo	1917
17	marzo	1919
17	noviembre	1919
17	diciembre	1919
10	enero	1920
12	noviembre	1920
10	marzo	1924
27	octubre 9	1925
27	noviembre	1925
9	noviembre	1926
20	noviembre	1926
22	febrero	1927
4	mayo	1927
26	setiembre	1927
13	octubre	1927
31	octubre	1928
22	febrero	1929
19	junio	1929
30	enero	1930
3	febrero	1930
28	abril	1930
7	marzo	1931
3	octubre	1931
6	octubre	1932

16	febrero	1933
9	marzo	1933
10	enero	1934
2	marzo	1935
17	julio	1940
6	noviembre	1941
8	noviembre	1941
8	junio	1942
18	junio	1942
21	junio	1943
3	noviembre	1943
5	julio	1947
8	enero	1948
10	junio	1948
17	julio	1948
19	junio	1950
17	febrero	1951
1	junio	1951
14	febrero	1952
10	junio	1954
23	junio	1954
17	marzo	1955
18	diciembre	1958
21	mayo	1960
17	octubre	1960
26	enero	1961
16	octubre	1961
17	junio	1963
18	diciembre	1963
27	febrero	1965
11	diciembre	1965
14	mayo	1971

INDICE

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES	PAGINA
1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	
1.1.- Funciones no estrictamente jurisdiccionales..	3
1.2.- Funciones de gestión patrimonial o adminis tración.....	4
1.3.- Cuestión terminológica.....	4
2.- ACTOS DE ADMINISTRACION, DISPOSICION Y CON SERVACION.....	5
3.- ADMINISTRADORES Y ACTOS DE ADMINISTRACION	7
4.- CONCEPTO Y NATURALEZ DEL ACTO DE ADMINIS TRACION.....	8
5.- ACTOS DE ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA ADMI- NISTRACION.....	15
6.- CONCEPTO DE ADMINISTRACION JUDICIAL.....	16
7.- CLASES DE ADMINISTRACIONES JUDICIALES	
7.1.- Por el objeto: Administraciones de un bien con creto y administración de un patrimonio.....	19

7.2.- Por el fin: conservativa y realizadora	19
7.3.- Por la forma: Sustitutoria y complementa ria o interventora.	21
7.4.- ADMINISTRACIONES DE UN BIEN CONCRETO O SINGULARES.	22
7.4.1.- Administraciones cautelares.	23
7.4.1.1.- Concepto y cuestiones genera- les.	23
7.4.1.2.- Administraciones de bienes im- productivos y de frutos y ren- tas.	35
7.4.1.2.1.- El d'epositario judicial	36
7.4.1.2.2.- Depósitos de cantida en metálico embargados por los Tribunales de justi- cia y Juzgados yn de - efectos públicos: alhajas de oro, plata o pedreria	38
7.4.1.2.3.- Custodia de bienes espe cialmente valiosos.	39
7.4.1.2.4.- Depósito de bienes inmue bles reembargados y caso de que los bienes embar_ gados sean semovientes..	40
7.4.1.3.- Administración de bienes produ ^c tivos: de frutos y rentas o bienes que las producen.	42
7.4.1.4.- La administración judicial de empresas embargadas.	45

7.4.1.4.1.- Intervención judicial.	46
7.4.1.4.2.- Administración judicial	46
7.4.1.5.- El Interventor en la administración de bienes litigiosos....	56
7.4.1.5.1.- Concepto y nombramiento.....	56
7.4.1.5.2.- Misión, problemas e incidentes que pueden surgir en el curso de la Intervención y extinción...	59
7.4.2.- Administraciones ejecutivas.....	65
7.4.2.1.- Concepto, clases e ideas generales.....	65
7.4.2.2.- El embargo, diferencias entre el embargo preventivo y el ejecutivo.....	67
7.4.2.1.1.- Administraciones ejecutivas ordinarias.....	76
7.4.2.1.1.1.- La administración forzosa sujetos, actividad, tiempo y forma. Efectos materiales y Procesales.....	77
7.4.2.1.2.- Administraciones ejecutivas hipotecarias.....	85
7.4.2.1.2.1.- Proceso especial de ejecución establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria.....	85

7.4.2.1.2.2.- Especialidad en favor del Banco Hipotecario.....	86
7.5. ADMINISTRACIONES QUE INTEGRAN LA TOTALIDAD DE UN PATRIMONIO O PATRIMONIALES.....	88
7.5.1.- Administraciones "mortis causa".....	89
7.5.1.1.- Administraciones abintestato.....	89
7.5.1.1.1.- Administraciones interinas.....	89
7.5.1.1.2.- Administraciones definitivas.....	89
7.5.1.2.- Administraciones originadas por la existencia de un testamento.....	90
7.5.1.2.1.- Administraciones surgidas por la forma de hacerse el nombramiento de heredero.....	90
7.5.1.2.1.1.- Administración testamentaria....	90
7.5.1.2.1.2.- Administración por designación de heredero condicional o a plazo.....	92
7.5.1.2.1.3.- Administración designación como heredero del concebido y no nacido.....	95
: 7.5.1.2.1.4.- Administración por institución - de heredero a favor del no concebido todavía.....	98
7.5.1.2.1.5.- Administración de herencia en - favor del alma.....	99
7.5.1.2.1.6.- Administración por adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombre.....	105

7.5.1.2.1.7 .- Administración hereditaria a fa vor de una persona jurídica no reconocida.....	106
7.5.1.2.2.- Administraciones originadas por la actitud del heredero.....	108
7.5.1.2.2.1.- Administración por no acepta- ción o repudiación de la heren- cia.....	109
7.5.1.2.2.2.- Administración de la herencia aceptada a beneficio de inven- tario	111
7.5.1.3.- Administración de la herencia indivisa...	115
7.5.1.4.- Administración de la herencia de una em- presa mercantil.....	117
7.5.2.- Administraciones intervivos.....	122
7.5.2.1.- Administaciones de los bienes del ausente	123
7.5.2.2.- Administración de los bienes de los hi- jos y administración conjunta de ambos - conyuges.....	129
7.5.2.3.- Administraciones por insolvencia.....	133
7.5.2.3.1.- Administación por suspensión de pa- gos.....	133
7.5.2.3.2.- Administración por concurso de acree- dores.....	146
7.5.2.3.3.- Administración por quiebra.....	165

CAPITULO II

LA PIEZA DE LA ADMINISTRACION DE LA QUIEBRA

1.- NOCIONES GENERALES DE LA QUIEBRA.....	175
2.- CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA QUIEBRA.....	177
3.- EFECTOS DE LA QUIEBRA.....	180
3.1.- Efectos de la quiebra sobre el deudor quebrado...	180
3.1.1.- Efectos personales y patrimoniales.....	181
3.1.2.- Efectos registrales y de publicidad.....	182
3.1.2.1.- Inscripción en el Registro Mercantil....	183
3.1.2.2.- Inscripción en el Registro de la Propie <u>dad</u>	183
3.1.2.3.- Inscripción en el Registro Civil.....	184
3.2.- Efectos de la quiebra sobre los acreedores.....	184
3.2.1.- Paralización de las acciones individuales...	184
3.2.2.- La masa pasiva de la quiebra: Función y com <u>posición</u>	185
3.2.3.- La posición de los acreedores hipotecarios o pignoratícios ante la masa de acreedores...	187
3.3.- Efectos de la quiebra sobre los créditos.....	188
3.3.1.- Conversión en dinero de las prestaciones debi <u>das</u> por el qu <u>eb</u> rado.....	188
3.3.2.- Vencimiento anticipado de los créditos aplaza <u>dos</u> contra el deudor	188
3.3.3.- Paralización del devengo de intereses por los deudores del quebrado.....	189

3.3.4. - Situación de las deudas condicionales del quebrado.....	190
3.3.5. - Compensación de deudas y créditos del quebrado.....	190
3.3.6. - Efectos sobre las deudas solidarias,..	191
3.3.7. - Efectos sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución.....	192
3.4. - Efectos de la quiebra sobre el patrimonio del deudor.....	194
3.4.1. - Masa activa de hecho y masa de derecho	194
3.4.2. - La reintegración de la masa.....	196
3.4.2.1. - La retroacción de la quiebra.....	197
3.4.2.2. - Las acciones de impugnación.....	198
3.4.3. - la reducción o retracción de la masa...	199
3.4.3.1. - Reparto ex iure domini.....	199
3.4.3.1.1. - Derecho de reparación en favor del vendedor cuyo precio no fue pagado por el quebrado.....	200
3.4.3.1.2. - Derecho de reparación de cosas que el quebrado debe restituir..	201
3.4.3.1.3. - Derecho de reparación en favor del comitente.....	201
3.4.3.2. - Separatio ex iure crediti.....	201
3.4.4. - La Administración del patrimonio del que brado.....	202
3.4.5. - La enajenación o liquidación de la masa.. activa.....	203

4.- TIPOS DE QUIEBRA.....	204
5.- ORGANOS Y SUJETOS DE LA QUIEBRA.....	205
5.1.- Evolución historica.....	205
5.2.- Organo jurisdiccional. Comisario, Depositario o De positario Administrador, Síndicos, Junta General, acreedor y deudor.....	212
6. SECCIONES O PIEZAS SEPARADAS DE LA QUIEBRA...	228
7.- LA PIEZA DE LA ADMINISTRACION DE LA QUIEBRA..	231
7.1.- Ocupación de los bienes de la quiebra.....	232
7.2.- Forma de ingresar y extraer bienes de la quiebra	236
7.3.0 Formación del inventario y entrega de los bienes a los Síndicos.....	238
7.4.- Examen e impugnación de las cuentas presentadas por el depositario.....	241
7.5.- Gastos parfa cubrir atenciones de la quiebra....	243
7.6.- Justiprecio y venta del caudal de la quiebra....	248
7.7.- Acciones contra los síndicos que compren efec-- tos de la quiebra	255
7.8.- Transacciones en pleitos de quiebra.....	257
7.9.- Sobre entrega semanales en el "arca de depósi- to (estable cimiento bancario adecuado o Caja de Seguridad).....	259
7.10.- De la exposición con vista de los estados mensua les de administración.....	260
7.11.- Recurso contra las providencias del Comisario.	261
7.1.2.- Rendición de la Cuenta General. Su aprobación y sustanciación de las impugnaciones que contra ella se hicieren.....	263
7.13.- Repeticiones de los acreedores o del quebrado - contra los Síndicos por los daños y perjuicios caudados a la masa.....	265

8.- LA 'QUIEBRA DE LA HERENCIA.....	266
8.1.- Herencia yacente.....	268
8.2.- Herencia aceptada a beneficio de inventario. .	276
8.3.- Herencia aceptada para y simplemente.....	278

CAPITULO III

LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LA HERENCIA: ABINTESTATO Y TESTAMENTARIA.

1.- ADMINISTRACION Y HERENCIA.....	296
2.- EL ADMINISTRADOR DE LA HERENCIA.....	308
2.1.- Concepto y naturaleza jurídica.....	308
2.2.- Nombramiento.....	317
2.3.- Capacidad.....	319
2.4.- Aceptación y renuncia.....	323
2.5.- Facultades.....	328
2.5.1.- Cobro de créditos y cancelación de sus cuan tías.....	332
2.5.2.- Retirar depósitos.....	334
2.5.3.- Depuración del caudal relicto.....	335
2.5.3.1.- Pago de deudas.....	336
2.5.3.2.- Cumplimiento de las cargas hereditarias.	338
2.5.3.2.1.- Pago de impuesto sucesorios.....	339
2.5.3.2.2.- Cumplimiento de los legados.....	340

2.5.4.- Partición de la herencia.....	343
2.5.5.- Representación de la herencia yacente.....	343
2.5.6.- Facultades de índole contractual.....	344
2.5.7.- Facultades del administrador ante los derechos eventuales de la herencia.....	345
2.6.- Prohibición de adquirir bienes hereditarios.....	347
2.7.- Prohibición de vender bienes hereditarios.....	348
2.8.- Gestión procesal del administrador.....	350
2.8.1.- Caracter con que interviene el administrador en el proceso.....	350
2.8.2.- Ambito de su actuación.....	352
2.8.3.- Legitimación activa.....	354
2.8.4.- Beneficio de pobreza.....	356
2.8.5.- Las costas procesales.....	358
2.8.6.- Representación procesal del administrador...	359
2.9.- Duración y extinción de la administración.....	360
2.10.- Rendición de cuentas.....	370
2.11.- La responsabilidad del administrador.....	379
3.- LA ADMINISTRACION EN EL JUICIO DE ABINTESTATO Y TESTAMENTARIA.....	388
3.1.- JUICIO DE ABINTESTATO.....	389
3.1.1.- Introducción.....	389
3.1.2.- Concepto.....	391
3.1.3.- El Administrador.....	392

3.1.3.1.- Nombramiento, fianza y posesión...	392
3.1.3.2.- Facultades: Representación, conservación del caudal, abono de gastos arrendamiento y ventas.....	394
3.1.3.3.- Retribución	401
3.1.3.4.- Rendición de cuentas.....	402
3.1.3.5.- Cese.....	403
3.1.3.6.- Administradores subalternos.....	403
 3.2.- JUICIO DE TESTAMENTARIA.....	 404
3.2.1.- Concepto y naturaleza.....	404
3.2.2.- Clases de juicio de testamentaria.....	404
3.2.3.- Juicio voluntario de testamentaria.....	409
3.2.3.1.- Legitimación activa y pasiva.....	409
3.2.3.2.- Señalamiento de reglas especiales por el testador.....	410
3.2.3.3.- Iniciación y fase previa del procedimiento.....	410
3.2.3.3.1.- Solicitud, ratificación y citación de los interesados....	411
3.2.3.3.2.- Intervención del caudal.....	413
3.2.3.3.3.- Práctica del inventario judicial	413
3.2.3.3.4.- Junta para designación del administrador, contador y peritos.....	416
 3.2.4.- Juicio necesario de testamentaria.....	 426

CONCLUSIONES

PRIMERA=====.....	440
SEGUNDA.....	441
TERCERA.....	441
CUARTAA.....	442
QUINTA.....	442
SEXTA.....	443
SEPTIMA.....	443
OCTAVA.....	443
NOVENA.....	444
DECIMA.....	444
UNDECIMA.....	445
DUODECIMA.....	446
DECIMOTERCERA.....	447
DECIMOCUARTA.....	447
DECIMOQUINTA.....	448
DECIMOSEXTA.....	449
DECIMOSEPTIMA.....	449
DECIMOOCCTAVA.....	450
DECIMONOVENA.....	450
VIGESIMA.....	451

FUENTES BIBLIOGRAFICAS Y JURISPRUDENCIALES

1.- Fuentes bibliograficas.....	452
2.- Fuentes jurisprudenciales.....	479